TRATADO DE DIREITO Privado



Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

TRATADO

DE

DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XXXIII

Direito das Obrigações: Títulos ao portador ,Títulos nominativos, Títulos endossaveis.

PARTE VIl

Relações jurídicas oriundas dos títulos ao portador e de fato.

CAPITULO 1

SÍNTESE DAS DISCUSSÕES E DA CONSTRUÇÃO

§ 3.731. *Teorias e debastamento das teorias.* 1. Primeiros passas das teorias. 2. Século XIX. 3. Século XX. *4.*

Critica e balanço às discussões

§ 3.782. *Aquisição do direito cartular.* 1. Modos de aquisição e propriedade. 2. Modos de aquisição e posse. 3.

Direitos e obrigações ou “modus”. 4. As fórmulas da cláusula. 5. Aplicação aos bilhetes de loteria, bilhetes de banco e outros....

CAPITULO II

CLASSIFICAÇÃO DOS TÍTULOS AO PORTADOR

§ 3.733. *08 titulo de crédito e classificação.* 1. Títulos de crédito relativos e títulos de crédito abstratos. 2.

Distinção quanto ao conteúdo do direito. 3. Classificações quanta à forma, à natureza e ao conteúdo. *4.*

Classificações quanto ao conteúdo

§ 3.734. *Cupões de juros e cupões de dividendos.* 1Conceituação.2. Variações de função

§ 3.735. *Classificações teórica e praticamente aconselháveis.* 1. Quanto à exterioridade expressiva. 2. Quanto à circulação. 3.Quanto ao conteúdo. *4.* Títulos ao portador claudicantes ou títulos ao portador impróprios

§ 3.736. *Títulos ao portador representativa ou reais.* 1. Conceitos e precisões. 2. Considerações sobre a posse.

3. O direito que se confere com a posse

§ 3.737. *Importância jurídica e aplicação das- classificações a.* 1. Relatividade e absolutidade. 2. Causalidade e abstratividade.3.Notas do Estado e outros títulos

§ 3.788. *Exterioridade expressiva, circulação. e conteúdo.* 1. Classificação de títulos ao portador pela exterioridade expressiva. 2.Classificação quanto à circulação. 3. Classificação quanto ao conteúdo

§ 3.739. *Abstratividade dos títulos ao portador.* 1. Títulos causais e títulos abstratos. 2. A teoria dos três momentos e o problema da abstração

§ 3.740. *Títulos ao portador reais e mistos.* 1. Títulos ao portador representativos. 2. Títulos corporativos

§ 3.741. *Títulos singulares e títulos e série* 1. Conceito. 2Regime jurídico

§ 3.742. *Títulos -filhos.* 1. Surgimento dos títulos -filhos. 2. Problemas que surgem

§ 3.754. *Espécies de tradição de títulos ao portador.* 1. Tradição simples. 2. Outras espécies de tradição. 3. As duas ordens de relações jurídicas

§ 3.755. *Direitos reais sobre títulos ao portador.* 1. Penhor. 2. Usufruto. 3. Fideicomisso. 4. Fidúcia. 5.

empréstimo . 6. Caução a favor de outrem

§ 3.756. *Problema de direito das sucessões.* 1. Código Civil, art. 1.572. 2. Lacuna romana na tutela possessória e a solução. 3. Posse do Código Civil, art. 1.572, ou saisina. 4. Os títulos ao portador e a saisina. 5.

Conseqüências do golpe da lei..

3.757. *Conclusões.* 1. Lei da circulação. 2. Propriedade e posse.

CAPITULO III

CAPITULO V

PAGAMENTO DO TITULO AO PORTADOR

§ 3.743. *Nascimento da obrigação e exigência do pagamento.* 1. Necessidade de fixação dos três momentos na vida dos títulos ao portador. 2. Discussão e fixação do momento em que nasce a obrigação e se deve pagar. 3.

Críticas a R. von Jhering.

§ 3.744. *Apresentação do título ao portador e cobrança.* 1. Função da apresentação. 2. Histórico do art. 1.508 do Código Civil.3.Relevância da apresentação. 4. Objeções e exceções do subscritor. 5. Bilhetes de loteria

§ 3.745. *Tempo do pagamento.* 1. Princípios gerais. 2.Vencimento,obrigação e pagamento CAPITULo IV

SÉRIE DOS POSSUIDORES DE TíTULOS AO PORTADOR E RELAÇÕES JURíDICAS DENTRO DELA

§ 3.746. *Distinção a que se há de atender.* 1. Relações jurídicas entre o subscritor e o possuidor e relações jurídicas entre possuidores ou tenedores do título ao portador. 2. Precisões

§ 3.747. *Lei da circulação.* 1. Comparação. 2. Fatos da série dos possuidores. 3. Domínio. 4. Posse

§ 3.748. *Aquisição da posse e da propriedade do título ao portador derrelícto.* 1. Derrelicção. 2. Ocupação de cártulas derrelictas. 3. Prova da derrelicção. 4. Alguns. problemas concernentes à ocupação

§ 3.749. *Invenção ou achada.* 1. Coisas perdidas e invenção. 2.

Invenção e dever do inventor

§ 3.750. *Tesouro. de cártulas.* 1. Tesouro, modo de aquisição. 2. Discussão do pressuposto da posse. 3. Prédio público e tesouro. 4.Tesouro encontrado em móveis. 5. Se o tesouro de títulos é possível. 6. Encontro dos títulos ao portador, pelo dono do prédio ou móvel

§ 3.751. *Especificação.* 1. Propriedade e especificação. 2. Proculeianos e Sabinianos. 3. Solução intermédia. 4.

Problemas de maior interesse

§ 3.752. *Confusão, comistão e adjunção.* 1. Concepção peripatética e concepção estóica. ~. Soluções do Código Civil brasileiro.

3.753. *Tradição.* 1. Preliminares. 2. Hierarquia das posses. 3. Tradição entre terceiros. 4. Conclusões

§ 3.758. *Posição do problema em termos precisos.* 1. Três espécies de ações. 2. Subscritor, em relação a possuidor, e possuidor,na série de possuidores

§ 3.759. *As discordâncias doutrinárias e de direito positivo.* 1. Precisões. 2. Classificação das soluções

§ 3.760. *Reivindicabilidade dos títulos ao portador.* 1. Elementos para a resolução do problema. 2. Análise dos argumentos pró e contra a reivindicabilidade. 3. A irreivindicabilidade mobiliária em França

§ 3.761. *Posição do problema no direito brasileiro.* 1. Diferenças na história do título ao portador. 2.

Propriedade das coisas móveis. 3. Natureza do art. 521 do Código Civil 3.762. *A reivindicabílidade e a vindicabilidade da posse no direito brasileiro.* 1. Reivindicação dos bens móveis em geral. 2. Propriedade dos títulos ao portador. 3. Precisões sobre a questão. 4. Exercício da ação reivindicatória de títulos ao portador. 5. Vindicação da posse e ação petitória

CAPITULO VI

RELAÇÕES JURíDICAS ENTRE O SUBSCRITOR DO TITULO AO PORTADOR, COMO TAL, OU

COMO POSSUIDOR, E O “ALTER”

§ 3.763. *Preliminares.* 1. Posição do problema2. Subscrição e emissão

§ 3.764. *Saída do título e contacto com o “alter”* 1. Dois conceitos.2.Divida e obrigação

§ 3.765. *Posse de boa fé perante o subscritor.* 1. Divida e direito de apresentação. 2. Dever de pagar. 3.

Apresentação do título ao portador

§ 3. 766. *Depositário, mandatário e autorizado.* 1. Posição dos problemas. 2. Legitimação e efeito da apresentação. 3. Transmissão da promessa do subscritor (circulabilidade da declaração unilateral de vontade) 3.767. *Questões acidentais.* 1. Penhor do titulo ao portador pelo subscritor. 2. Alguns casos especiais. 3.

Negócios jurídicos lombardos. 4. Usufruto de titulo ao portador e fideicomisso de título ao portador TÁBUA SISTEMÁTICA DAS MATARIAS

CAPITULO VII

REIVINDICAÇÃO DO TITULO AO PORTADOR PEDIDA PELO SUBSCRITOR COMO TAL

§ 3.768. *Pressupostos para a reivindicação.* 1. Diferença entre a reivindicação pelo subscritor como tal e a reivindicação pelo subscritor como portador. 2. Ações do subscritor 3.769. *Posse de boa fé e posse de má fé em relação ao subscritor.* 1.Má fé em relação ao subscritor. 2. Título ao portador,coisa móvel

§ 3.770. *Casos acidentais.* 1. Dois casos mais expressivos. 2. Título ao portador furtado ou perdido pelo subscritor antes da entrega como titulo substituto

CAPITULO VIII

ACIDENTES DA VIDA DOS TíTULOS AO PORTADOR

§ 3.771. *Posição de problemas.* 1. Fora das relações jurídicas ordinária..- 2. Títulos ao portador sem acidentes ou de poucos acidentes possíveis

§ 3.772. *Novas cártulas aos portadores.* 1. Duplicatas ou exemplares a mais. 2. Técnica legislativa. 3.

Pressupostos para a substituição. 4. Substituição. 5. Bilhetes de loteria. 6. Cheques postais

§ 3.773. *Destruição completa dos títulos ao portador.* 1. Posição do problema. 2. Destruição completa e inexistência. 3. O problema e as atitudes da doutrina. 4. Exercício da pretensão a haver outra cártula. 5. Apólices da divida pública. 6. Cheques postais. 7. Títulos ao portador sem dizeres

§ 3.774. *Medidas do terceiro para impedir pagamento.* 1. Terceiro e oposição a pagamento. 2. Elaboração do art.

1 .509 do Código Civil.

CAPITULO IX

AMORTIZAÇÃO DOS TíTULOS AO PORTADOR

§ 3.775. *Preliminares.* 1. Precisão de três conceitos. 2. Textos legais

§ 3.776. *Fundamentação filosófica das soluções.* 1. Direito brasileiro e origem das regras jurídicas. 2. Questões capitais. 3. Apólices da divida pública. 4. Bilhetes de loteria

§ 3.777. *Natureza do ato de substituição.* 1. Amortização e substituição. 2. Teorias em torno do fato da substituição. 3. Conhecimentos de depósitos e “warrants”

3.778. *Despesas em caso de substituição sem ação judicial.* 1. Substituição por destruição parcial, trocando-se as cártulas. 2.A quem incumbem as despesas, se não houve pedido judicial CAPITULO X

CONVERSÃO DOS TíTULOS AO PORTADOR EM TíTULOS NOMINATIVOS E VICE-VERSA

§ 3.779. *Promessa e forma.* 1. Titularidade atribuída ao portador e nomínatividade . 2. Modificação da relação jurídica de dívida.3.Consentimento do subscritor. 4. Sugestões e óbices à conversão

§ 3. 780. *Conversão de títulos nominativos e as títulos ao portador.*

1.Pressupostos da conversibilidade. 2. Natureza da modificação da relação jurídica de dívida. 3. Permissão da conversão . 4. Recusa de converter. 5. Títulos ao portador endossáveis e conversão CAPITULO XI

NEGÓCIOS JURíDICOS E TíTULOS AO PORTADOR

§ 3.781. *Negócios jurídicos relativos à propriedade.* 1. Compra-e-venda e acordo de transmissão da propriedade. 2. Outros negócios jurídicos. 3. Doações manuais. 4. Discussão do problema.5.Conclusão. 6.

Fidúcia, comodato, mútuo e penhor....

§ 3.782. *Títulos ao portador e corretores.* 1. Regime dos corretores.2.Negociações de títulos ao portador. 3.

Responsabilidade dos corretores

CAPITULO XII

SIGNOS AO PORTADOR

§ 3.783. *Conceito e natureza.* 1. Bilhetes, sinais, fichas e tíquetes.

2.Analogia no tratamento. 3. Vedação de títulos ao portador e signos ao portador. 4. Signos ao portador e declaração unilateral de vontade

§ 3.784. *Particularidades dos signos ao portador.* 1. Forma e conteúdo alhures. 2. Perda, furto e destruição231

CAPITULO XIII

TíTULOS DE LEGITIMAÇÃO “STRICTO SENSU”

§ 3.785. *Conceito de título do legitimação.* 1. Títulos ao portador e títulos de legitimação. 2. Código Civil, art.

1.510, alínea 1a

§ 3.786. *Legitimação a prestar ao portador.* 1. Distinção entre título ao portador propriamente . ditos e títulos de legitimação. 2. Apresentação do titulo

§ 3.787. *Amortização dos títulos de legitimação “strito sensu”.* 1. Extravio e furto. 2. Interesse do credor PARTE VII

Títulos nominativos

CAPITULO 1

CONCEITO E NATUREZA DOS TíTULOS NOMINATIVOS

§ 3.788. *Conceito de títulos nominativos.* 1. Títulos valor e nominação. 2. Título-valor

§ 3 .789. *Criação do título nominativo.*. 1. Ato de criação, declaração unilateral de vontade. 2. Pressupostos. 3.

Vales internos ou recibos

§ 3.790. *Transmissão da propriedade e da posse do título nominativo.* 1. Propriedade do titulo nominativo. 2.

Teorias. 3. Pressupostos da transferência. 4. Transferência mediante assento, termo ou registro. 5. Atos judiciais. 6. Negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente. 7.. Ineficácia e invalidade . 8. Cessão de crédito

CAPITULO II

EFICÁCIA DOS TíTULOS NOMINATIVOS

§ 3.791. *Eficácia em relação ao nominado* . 1. Nominação pelo subscritor ou posteriormente. 2. Relação jurídica entre o possuidor que consta do titulo ou do assento ou. Termo e o subscritor

§ 3.792. *Eficácia . em relação aos sucessores.* 1. Titulares por sucessão. 2. Relações entre nomínados sucessivos

PARTE IX

Títulos endossáveis

CAPITULO 1

CONCEITo E NATUREZA DOS TíTULOS ENDOSSÁVEIS

§ 3.793. *Conceito de títulos endossáveis.* 1. Endossabilidade e endosso .

2.Apresentação dos títulos endossados

§ 3.794. *Natureza dos títulos endossáveis.* 1. Títulos-valor. 2. Forma do título endossável. 3. Modo ordinário de alienação.4.Outros modos de alienação do titulo. 5. Cessão do crédito incorporado no titulo endossável

§ 3.795. *Espécies de títulos endossáveis.* 1. Títulos necessariamente e títulos não – necessariamente endossáveis. 2. Exemplifícação. 3. Saque nos títulos endossáveis. 4. Titulo endossável e aceite

§ 3.796. *Duplicatas e cópias.* 1. Duplicatas de títulos endossáveis.2.Cópias de títulos endossáveis CAPITULO II

ENDOSSO

§ 3.797. *Precisões.* 1. O que é endosso. 2. Proposições sobre o endosso. 3. Endosso e abstração

§ 3.798. *Espécies de* endosso . 1. Endosso- crédíto ou endosso direito contra o subscritor. 2. Endosso-procura e outras espécies.3.Endosso em preto e endosso em branco. 4. Requisitos do endosso. 6. Assinaturas

falsas de endossantes. 6. Endosso e volta. 7. Endosso a duas ou mais pessoas. 8. Cláusula de legitimação de outrem. 9.

Atitudes do endossatário se em branco o endosso. 10. Endosso tardio

§ 3.799. *Penhor de títulos endossáveis.* 1. Penhor e caução de títulos de crédito. 2. Constituição do penhor CAPITULO III

EFICÁCIA DO ENDOSSO

§ 3.800. *Eficácia e suas espécies* 1. Princípios. 2. Direitos, pretensões, ações e exceções

§ 3.801. *Títulos endossáveis e solidariedade.* 1. Endosso e circulação. 2. Responsabilidade do endossante dos títulos não cambiários nem cambiariformes. 3. Responsabilidade solidária se o titulo é cambiário ou cambiariforme

§ 3.802. *Exemplificações.* 1. Letras hipotecárias. 2. Títulos de economia rural. 3. Letras de risco. 4.

Conhecimentos de depósito e “warrant” (armazéns gerais). 5. Cheques

§ 3.803. *Acidentes na vida do título.* 1. Endosso tardio. 2.Cancelamento ou riscadura do endosso CAPITULO IV

APRESENTAÇÃO DO TITULO ENDOSSÁVEL

§ 3.804. *Precisões.* 1. Poder e direito, de apresentação e direito de credor. 2. Apresentação pelo órgão, ou pelo representante,ou pelo autorizado

§ 3.806. *Função do endosso em relação ao subscritor.* 1. Relações jurídicas na série do tomador e dos endossatários e relações jurídicas entre possuidor e subscritor. 2. Legitimação do apresentante

§ 3.806. *Conseqüências da apresentação.* 1Nascimento da relação jurídica de obrigação. 2. Cobrança

§ 3.807. *Objeções e exceções.* 1. Objeções 2 Exceções. 3.Legitimação a receber e titular do crédito. 4.

Desaparecimento das objeções e exceções

3.808. *Pagamento.* 1. Pagamento total. 2. Pagamento parcial. 296 § 3.809. *Ações de possuidores e tenedores.* 1.

Vindicações. 2. Outras ações. 3. Enriquecimento injustificado. 4. Títulos endossáveis defeituosos e títulos endossáveis com lugares em branco

CAPITULO V

AMORTIZAÇÃO DOS TíTULOS ENDOSSÁVEIS

§ 3.810. *Posição do problema.* 1. Trocas de cártulas e amortizações. 2. Interesse do credor PARTE X

Debêntures e obrigações portuárias

CAPITULO 1

DEBÊNTURES

§ 3.811. § 3.812.

História e conceito de debêntures. 1. Sugestões “de lege ferenda” para o instituto. 2. Conceito de debênture 306 *Natureza das debêntures.* 1. Negócio jurídico subjacente e títulos-valor. 2. Figurante da debênture e possuidor. 3. Comercíalidade excetuável das debêntures

TÁBUA SISTEMÁTICA DAS MATÉRIAS

CAPITULO II

SUBSCRIÇÃO DAS DEBÉNTURES

5 3.813. *Atos preparatórios da subscrição das debênture.* 1. Antecipações sobre publicidade prévia. 2.

Deliberação da assembléia geral. 3. Cláusulas dos negócios unilaterais uniformes.

4.Publicação da ata da assembléia geral. 6. Inscrição provisória da constituição dos direitos reais. 6. Manifesto.

7. Listas de subscrições. 8. Venda pública de debêntures. 9. Venda particular de debêntures

§ 3.814. *Sanções de nulidade.* 1. Nulidade, no tocante à assembléia geral e a atos da assembléia geral. 2. Sanção de nulidade conforme o art. 2.0, § 5~0, da Lei n. 177-A, de 16 de setembro de 1893. 3. Sanções em geral. 4.

Ação proposta pelos debenturistas. 5. Subscritores para aquisição de debêntures e debenturistas

§ 3.815. *Séries de debêntures* . 1. Série e tipo. 2. Exigências para a série.

§ 3.816. *Privilégio e direito real" incorporado no título.* 1. Privilégio geral. 2. Direito real de garantia. 3.

Debêntures não colocadas

§ 3.817. *Pressupostos formais das debêntures.* 1. Debêntures e seus pressupostos. 2. Pré-supostos formais. 3.

Cautelas ou títulos provisórios

§ 3.818. *Deveres das empresas subscritoras após a emissão* 1. Deveres comuns. 2. Dever de publicação do balanço3. Insolvência ou liquidação.

§ 3.819. *Comunhão de interesses dos debenturistas.* 1. Comunhão de interesses e organização. 2. Assembléia geral. 3. Exclusividade das deliberações em assembléia geral. 4. Representante dos debenturistas . 5.

Convocação da assembléia geral da comunhão de interesses organizada

§ 3.820. *Reunião da assembléia geral dos debenturistas.* 1. Reunião da assembléia geral e pressupostos do anúncio. 2. Presidência e

secretariado

§ 3.821. *Quorum e maioria.* 1. Quorum . 2. Pré-exclusão de debêntures. 3. Maioria. 4. Controle de presença. 5.

Deliberações, ata e eficácia. 6. Deliberações e maioria. 7. Fiscal. 8.Desconstituição de acordos . 9. Acordos e falência. 10. Despesas

§ 3.822. *Demandas dos debenturistas.* 1. Inadimplemento . 2. Representação na falência

§ 3.823. *Debêntures lançadas no estrangeiro.* 1. Lançamento de debêntures no estrangeiro. 2. Deliberações

§ 3.824. *Comunhão de interesses antes da vinculação dos títulos.* 1.Precisões. 2. Regras jurídicas invocáveis CAPITULO XII

OBRIGAÇÕES PORTUÁRIAS

§ 3.825. *Títulos portuários ("obrigações portuárias")* . 1. Decreto-lei n. 9.681, de 30 de agôsto de 1946. 2.

Subscrição e emissão 3.Garantia real. 4. Valor dos títulos. 5. Subscrições sucessivas 3.826. *Atos preparatórios e subscrição.* 1. Pressupostos. 2. Natureza dos títulos portuários Parte VII.

Relações jurídicas oriundas dos títulos ao portador e de fatos que a eles se prendem S!NTESE DAS DISCUSSÕES E DA CONSTRUÇÃO

§ 3.731. Teorias e debastamento das teorias

1.PRIMEIROS PASSOS DAS TEORIAS. Logo de começo , apontamos duas atitudes doutrinárías , extremas~ que se desenvolveram em conseqüências lógicas, porém despregadas dos fatos. Uma, partindo do *iws et obligatio sunt correlata,* e vendo, com todos os dados de evidência, o sujeito passivo, o *devedor* do título ao portador, afirmava que haviam de ser sujeitos ativos, *credores,* aqueles que, aparentemente, estavam em situação de eventual exercício do direito creditório. Tal teoria, longe de se revestir de forma única, como que se espectrou em várias teorias, entre si incompatíveis. A feição mais compreensiva *foi* a mais vaga: o sujeito ativo seria pessoa incerta.

Era adiantar muito pouco, e nada resolver. Principalmente depois que certas exigências cr!ticas começaram a apontar indivíduos da série possessória que poderiam ser admitindo--se, *ex hypothesi,* que houvesse vínculo direto entre o subscritor ou emissor e o figurante ou figurantes da série os sujeitos ativos da relação jurídica.

Nos séculos XV, XVI, XVII e XVIII, as teorias são tentativas de explicar o título inominado pelos princípios do direita comum. Dança na mente de todos a noção de *mandato,* do *portador presumido mandatário do credor,* ainda que ele mesmo. Em BENVENUTUS STRACCHA, vemos surgir a alusão ao *sotutioni adiectus,* como no holandês ELBERTUS LEONINUS. Apesar de contraditório, Jónocus DAMHOUDER dá uni passo adiante no considerar o podador um *dominus totius rei* a *oausae.* GuDE.

LINUS foi até ao *procurador em causa própria* . Sempre a mesma referência, explícita ou implícita, a *verus dominus* invisível, e portador visível, a que se dá o nome de procurador daquele ser invisível, variando em cada jurista a qualidade do mandato, desde a presunção simples até a procuração em causa própria. Já neles paira a grande questão do elemento legitimante dos portadores: a propriedade ou a posse. No meio de todos esses espíritos que contornavam os assuntos (só os gênios dão saltos>, nenhuma exigência mental de descer ao exame imediato das realidades jurídicas.

2.Todos repetiam, invariavelmente , as mesmas coisas, com maior ou menor precisão, mas sempre agarrados às convicções recebidas, É multissecular esteira de pré-noções. Os que mais ousam, os que mais podem, ousam e podem pouco. Um deles , N. T. VON GÓNNER, já por volta de 1808, toca de leve o fenômeno da circulabilidade: liga-o àqueloutro, tão conhecido, da inscrição e transcrição nos livros públicos. A aquisição pela tradição constituiria *titulo jurídico,* como o constituiria a inserção no registro fundiário. Não se lhe pode negar o serviço no *isolar,* diferenciando-as, a *tradição* e a *cessão,* no mostrar que a ação do portador, quanto ao documento, tem por fim reaver o papel, que é o titulo, e o valor, que lhe advém da promessa inserta, fundido, como aquele, num só ser (1 *liesst mit diesem Rechte iii Lines zuzammen).*

De 1826 a 1830, C. SCHUMM desenvolveu considerações que marcam avanços firmes: o verdadeiro *dominus negotii* éo próprio portador; a presunção só teria cabimento na série dos possuidores e detentores, porque, em relação ao obrigado, o titulo o declara diretamente o único legitimo; por isso mesmo, só ao portador, *como tal,* o obrigado tem de

pagar. F. VON SAvIGNY veio acentuar esses pontos, seguindo as pegadas de KARL EINERT.

É por esse tempo que a teoria do contrato com pessoa incerta principia a incorporar-se em todo dogmático. O

espírito humano, que tivera o cálculo infinitesimal e as profundas meditações espiritualístas, que transformaram em força de conhecer os próprios surtos místicos da época leibniziana, já estava em condições para imaginar promessa de pagamento a sujeito *in abstracto.* É interessante ver-se como se introduziam tais noções espirituais no grosseiro fenômeno dos papéis, que a prática, a ânsia de ganho e o mercantilismo criaram aos homens do Ocidente. O ponto culminante de tal construção foi JOLLY: Me não se preocupava com a situação dos possuidores na série possessória, via relação jurídica direta do subscritor ao sujeito ativo. Tal sujeito não é, para Me, o sujeito concreto, que seria qualquer possuidor do título. Tão longe foi na sua concepção do sujeito abstrato, que os possuidores reais, os que de verdade possuíram, sucessivamente, o título, não foram mais, para Me, do que formas, acidentais e transeuntes, do verdadeiro sujeito abstrato. Note-se bem esse caráter, a que poderíamos chamar berkeleyano, da teoria de JOLLY.

Fácil é julgar-se a ousadia de tal construção. O seu interesse foi apenas hibrico e, a certos respeitos, estético.

Daí a sedução que exerceu nos espíritos. À ciência nenhum serviço prestou, salvo o de dar cores vivas à afirmação da existência de vinculo de divida entre o subscritor ou emissor e a série doe possuidores, bem que esses , para JOLLY, fossem *sombras do sujeito abstraio,* que Me tinha como único sujeito real. Amante da abstração, porém mais realista, F. voN SÁvIGNY não conseguiu libertar-se do erro do vinculo contratual com todos. Muitas vOzes, nas ruas, a parada de um transeunte, que olha firmente algum ponto do chão, reúne grupos, e ainda que ninguém tenha visto o que o primeiro afirmou, nasce o boato. Tal foi a sorte dessa coisa inexistente, a relação contratual entre o subscritor ou emissão r e a série dos possuidores. Admira que F. VON SAVIGNY, que tantas coisas viu que os outros não tinham visto, continuasse a repetir o que os outros repetiam, e até edificasse construção dogmática, destinada a salvar o velho Orro. Acostumado ao contacto das realidades jurídicas, não foi até a absurda mas coerente concepção jollyana: para Me, há relações que não se ligam a uma pessoa *individualmente conhecida,* e sim a simples *qualidade geral.* Quem quer que leia a F. VON SÃvIGNY

percebe as tortuosidades trágicas com que Me, para sustentar esse vinculo direto com o todo, chega, através de contradições, a verdadeiras perplexidades.

Comercialista, obrigado a apalpar as verdadeiras relações de vida, porém sem dose suficiente de metodologia cientifica, LEVIN GOLDSCHMIDT adotou construção praticamente eficaz e, teoricamente, de imperdoável malabarismo. O devedor *contratou* com o primeiro portador, e esse tomador, no momento em que passa a outrem o titulo, *desaparece* da relação jurídica, evapora-se, como se tivesse sido mero instrumento entre o subscritor e a gente que vai vir. O malabarismo deixa de pé a questão principal, que é, exatamente, a de explicar o desaparecimento, não só dd tomador como de todos os possuidores que passam a outrem o título. Mas o comercialista referiu-se a vínculo contratual entre o subscritor e cada novo possuidor, substituindo o conceito complexivo de público pelo de possuidores sucessivos, com a evaporação dos que passaram. Não é uma teor! a.

A mentalidade européia não poderia permanecer muito tempo na ambiência de abstrações e contradições em que a deixaram JOLLY e F. VON SÃvIa?a.

Já certo desespero se apoderava dos espíritos. ALER. SCHWEPPE havia falado da personificação do próprio título. Na impossibilidade de se saber quem era o credor, pretendia ele salvar o que se cria em perigo, o *jus et obligatio sunt correlata* com afirmação estonteante e insólita: o credor é o próprio titulo. Não é a posse do documento que dá ao possuidor o caráter de sujeito ativo da relação: o próprio documento é o verdadeiro credor.

Uma das conseqüências disso consistia em extinguir-se o crédito, quando se destruía o título. Mas verdade é que as leis prevêem a substituição das cáflulas destruidas. Não seria de admirar que a essa censura o romanista ALER. SCHWEPPE nos redargúisse... com a *ressurreição* do titulo. A de JOLLY e a desse são , indiscutivelmente, as duas concepções mais pitorescas, e deu-se aquilo a que chamamos espectração da teoria contrasua1ística.

8.SécuLo XX. Para fugir à proscrição do vinculo contratual, ainda H. BRUNNER recorreu à estipulação a favor de terceiro. Seria o título ao portador contrato com o tomador, combinado com tal estipulação. Mas o problema continuaria. i,Quem seria esse terceiro? ~,O primeiro portador após o que tomou o título? cada um deles , sucessivamente? O último? ~O público, no conceito complexivo de RÂRL EINERT?

Claro está que todas as respostas seriam possíveis, inclusive aquelas que deram JOLLY e ALBa. SCHWEPPE. Recorrer-se à estipulação a favor de terceiro, que, de si mesma, *já* contém em si um dos mais graves problemas do direito, seria adotar-se curva, que levaria ao mesmo ponto de partida, às mesmas indecisões e extravagâncias das soluções dadas durante o século XIX. Aliás, o próprio H. BRUNNER

confessou que seria prestação a favor de *incerta persona.*

Em 1905, OTTO VON GTERKE procurou mostrar, no título, *oferta* de contrato. O encontro das vontades, essencial ao mundo jurídico, dar-se-ia a cada contacto de possuidor com o titulo. Com isso pensava explicar o caso do tomador incapaz e da validade da situação jurídica dos possuidores sucessivos. De qualquer modo, continuou a apontar vínculo contratual, que não existe, entre o subscritor ou emissor e o possuidor ou possuidores sucessivos. Mais gravemente ainda: aludia ao *encontro* das vontades, encontro que absolutamente não se dá. Emito um título ao portador, entrego-o a um credor meu, em pagamento de conta. Operou-se encontro de vontades, mas relativo ao débito que eu tinha e que saldei, tanto assim que, se, antes de Ibo entregar, alguém mo furta, e com ele compra qualquer coisa, estarei obrigado a pagar a quem quer que mo apresente. Ora, a pessoa que comprou ao ladrão não esteve em nenhuma relação comigo. Dizer-se que, ao receber, sobre o balcão, o meu título, a sua vontade ficou em contacto com a minha vontade, seria o mesmo que tornar o ladrão mandatário meu e criar laços entre mim e uma pessoa com a qual nenhum negócio jurídico tive. Método que se impusesse critério objetivo não poderia, de modo nenhum, ligar fios imaginários, como teia de aranha, entre mim e esse desconhecido comprador, que talvez no mesmo momento passe a outrem o título, desaparecendo, como queria LEVIN GOLDSCHMnYT, da vida do título.

4. BALANÇO Às DISCUSSÕES Houve momento em que, experimentadas todas as formas, sob as quais se apresentava a teoria contratualística, a doutrina sentiu esse vácuo mental que sucede à demolição de todas as explicações propostas a determinado fato. Os mais otimistas ficaram na posição de quem vê contrato com o tomador e outra *circunstância,* que cada um explicava a seu modo, relativa aos possuidores sucessivos. Os mais deles, quando não aludiam ao contrato a favor de terceiro, referiam-se ao contrato e à promessa aos futuros possuidores, o que dava no mesmo. Enquanto se digladiavam tais variantes doutrinárias, crescia o fermento de duas tendências novas: uma, muito preocupada com o estudo do elemento criador do direito dos possuidores, como se a explicação da relação entre eles encadeados em série, normal, pudesse esclarecer o problema, mais

árduo e mais grave, da existência ou não do vinculo entre o subscritor ou emissor e o possuidor ou possuidores sucessivos; outra, nascida na mentalidade austríaca, propensa a descidas interiores nos espíritos, em vez de olhar, em globo, a realidade social, *que é exterior,* abstraiu de tudo e satisfez-se com o estudo do ato individual do devedor. Uma espécie de psicanálise jurídica. Palavra dada, dever assente. Se eu posso cortar os meus cabelos, mutilar o meu dedo, quebrar o vaso que é meu, jogar pela janela pies e livros, devo poder obrigar-me por um titulo. Seria a vontade unilateral obrigativa. Cada um pode alterar a sua situação. Devo, porque quis, dentro de mim, dever. Alguém, que quiser ser o meu credor, igualmente só o será se o quiser. Seria logomaquia, se esse psicologismo, absorvente dos fenômenos sociais, não fosse visão legitima, mas também ela unilateral, das realidades ambientes.

A primeira tendência, a que nos reportamos, obteve 05 efeitos que podia obter, todos ligados à discussão do requisito para a vitória dos possuidores nas relações entre si. Foi bem o que ocorreu à *Eigentumserwerbstheorie* e à *Eigentumiver-schaffungstheorie.* O problema da obrigação continuava intacto. Não cogitaram do devedor, do lado subjetivo, que constituiu a obsessão da segunda tendência. Essa, pela oportunidade, com que veio agitar os espíritos demasiadamente aferrados à miragem do vínculo contratual, merece trato especial.

§ 3.732. Aquisição do direito cartular

1.Monos DE Aquisição E PROPRIEDADE. Como se adquire o direito cartular?

Questão grave, e raro suscitada. KARL ADLER (Studien zur Lehre von den Inhaberpapieren und dem Wechsel, *Grunhilte Zeitsohrift,* 26, 86 sã chegou a afirmar que só se adquire mediante transferência, e nunca por um dos modos originários de aquisição da *propriedade.*

Adquire-se a propriedade móvel (Código Civil, art. 592 e seguintes) : pela ocupação da coisa derrelicta ou, em geral, adéspota (aliás, à espécie, não interessa o caso do móvel sem dono) ; invenção; tesouro; especificação; confusão; comistão e adjunção; usucapião; tradição. ~ Serão esses os sós e aumentáveis modos de aquisição do direito cartular? Erraríamos, sem dúvida, se o afirmássemos; a questão não pode ser posta em tais termos e partiríamos do princípio falso: a propriedade.

Sempre que se trata de titulo ao portador, pernicioso é ater-se o

investigador ao conceito de domínio, porque importaria considerar-se o direito de crédito como *cueessorium* do titulo, o que, mais de uma vez vimos, e ainda frisaremos, não só constitui, em princípio, noção falsa, como também inadequável às soluções práticas, *e.* g., nos casos de destruição, perda ou furto, em que se pode promover a emissão de novos títulos, desde logo, no caso de destruição, e após o prazo legal, nos outros casos.

2. DE AQUISIÇÃO E POSSE. Temos de levantar a questão no terreno da *posse.*

O Código Civil, no ad. 498, 1-111, estatui que se adquire a posse: a) pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito; b) pelo fato de se dispor da coisa ou do direito; o) por qualquer um dos modos de aquisição em geral.

Diz-se que se aplicam à posse as regras jurídicas dos arts. 81-85. No art. 494, fica assente que pode ser adquirida: pela própria pessoa; por seu representante ou procurador; por terceiro sem mandato, dependente de ratificação; finalmente, pelo constituto possessório. Cumpriria, desde logo, examinarem-se, um por um, miúdeando-se, os vários casos acima mencionados; mas força é advertir na questão que foi anteriormente levantada:

~qual a posse que dá o direito à apresentação? Vimos que o direito de apresentação não existe de si mesmo; é mero efeito da posse, produto do poder fáctico sobre o título, direito que a posse confere *por si mesma,* e a vontade do apresentante, que necessária se faz, de receber o quanto, como que qualifica a apresentação. A obrigação ainda não tem titular, porque ainda não existe. Existe um direito, cujo sujeito passivo, so seria o dos direitos reais, e é a posse o que a lei defende, como protege, em matéria possessória, *quaisquer* coisas móveis.

Afastemos, portanto, toda a idéia de propriedade do crédito. Há a posse, e eis tudo quanto há. Dela decorre o mais. “A posse é estabelecida não só pela posição do sujeito para com o objeto”, escreveu PAUL SoKoLOwSKI *(Die Fhiloso~phie ira Privatrecht,* II, 246), “porém para com a totalidade dos sujeitos. A posse é nesse sentido estado“ pessoal *(persônlicher Zustand>;* forma, por bem dizer, um critério para a integridade do sujeito, e a existência dela é condicionada por dois fatôres externos: a autoridade do direito e a ética social *(soziale Gesittung).* Por isso tem a posse relação com o direito positivo e com a moral pública. A nossa vontade de posse *(Besitzwille)* não se completa, como o *aniinus* romano, pelo “tactus”

corpóreo, ou por sua continuação fictícia a custódia, mas sim pela ordem social existente entre os cidadãos *(Volksgenossen),* pela confiança recíproca, pela segurança individual. A ação da vontade não é, pois, estimada como fator psíquico; a índole dela consiste na idéia de que, conforme no-lo diz a nossa experiência, o poder fáctico só é possível pela ação de vontade limitada e garantida pela ordem social". Não sei de trecho mais rico de ensinamentos no assunto, do que esse, máxime para o Brasil. A lei civil brasileira deu forma positiva, obrigatória, a uma porção de noções, de conceitos, de interpretações, a um todo de verdades, enfim, que os próprios juristas alem.confessam estarem hoje *no ar (heute geradezu in der Luft),* na alta ambiência intelectual da ciência do direito.

Já vimos a posse, com o respectivo fundamento social, nascida das entranhas mesmas da. vida, sem a aparência savignyana de conceito fóssil, que a inteligência moderna recompusesse com apanhados de gesso contemporâneo do descobridor, e sem as deficiências da sociologia de R. vON JEERINO. A concepção, que se encontra, com traços fugidios, em E. 1. BEKKER *(Das Recht des Resitzes,* 190), fora defendida por LEvIN

GOLDSCHMIDT *(Grundlagen der Resitzlehre,* 68 s.), TH. Kn‟∼, na *Zeitschrift flir das gesamte Handelsrecht,* 52, 299 s.), E. HEYMÂNN (fie dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere, *Fest gabe flir* FELIX DÁHN, 157 sã, RICHARD TROMA *(Die Bedeutung des Resitzwillens ira Resitzrecht,* 84 s.) e A. HESS. Não se confunde com a noção de apropriação econômica <P. SCHWAB, *La Théorie possessoire objective, 44* s.).

A posse, nunca será demasiado repeti-lo, independe do direito concreto entre o sujeito e o objeto. É um estado social e por isso mesmo a ela se pode chamar poder fáctico. Éisso o que ela é.

"Como a posse não se funda em direito algum, seja por sua índole, seja por sua origem concreta, qualquer direito que se expresse, não tem, para ela, nenhuma importância. Para a extensão e efeitos dela, somente é determinante o poder fáctico *(tatsàchliche Gewalt).* Demonstra-se isso com especial clareza pela relação entre a posse mediata e a imediata. Se quiséssemos aqui investigar, com afinco, a base jurídica, que acaso fosse o fundamento das duas modalidades de posse, na posse mediata, quase sempre encontraríamos *propriedade,* isto 6, o mais forte direito real; ao contrário da posse imediata, em que só se nos depararia direito limitado ou até mesmo obrigação *(dingliches oder gar obligatorisches Recht). Apesar disso, as conseqüências legalmente reconhecidas da posse imediata"* a posse do locatário, do

usufrutuário, do negociante de loja em mercado ou das feiras, como a do depositário do titulo, a do credor pignoratício e outros *"sobrepusam as da posse mediata por ser o seu poder fáctico, graças à retw. o direta para com o objeto, o mais forte.* O possuidor imediato põe-se, aqui, à frente do mediato, cobrindo-o, temporariamente , apesar de não suprimir a posse dele" (PAUL

SoKOLOWSKI, *fie Phílosophie mi Privatrecht,* II, 247).

A posse não é uma dependência da coisa ao sujeito, ou, como soem dizer, com lastimável expressão, os escritoru: relação entre a pessoa e a coisa, mas poder de vontade, determinado e limitado pela‟ ordem social.

Não se nos argua, pois, o não atendermos à propriedade, quando a *exptio dominji* não pode ser posta de parte na própria ação vindicatéria da posse. Já antes ficou evidenciado que a função da posse é provisória: a lei mantém o que está, até que se prove o contrário (1. KANT, *Metaphysik der Sitten,* Privatrecht, Parte II, § 15; M.

WELLSPAcHER, *Das Vertrauen anf ãussere Tatbe.stdnde,* 121 s.), salvo se o *direito* nasce da posse.

8.DIREITOS E OBRIGAÇÕES OU "MODUS". Títulos ao portador podem ter por objeto .coisa fungível, ou não fungivel, prestações unilaterais e bilaterais. E a razão para assim dizer-se é a mesma que se aduz em relação aos títulos à ordem (*Corso di Diritto Comnerciale,* 1H, 10, e II, 674 s.).

Não repugna aos títulos negociáveis a natureza do objeto, porque em verdade o seu objeto é *prestar* e o de prestar é que é a coisa, fungível ou não. Nem repugna à natureza deles que com o direito de apresentar se transfira, como condição, o dever de algo, ou a ele se ligue *modus.* Aliás "transfira" é mau termo , porque o dever, aí, não se transferiu; o que se passou de um a outro foi a posse, e com ela, inseparável dela, a faculdade de exibir, que na espécie é qualificada: *"apresentar para pagamento";* e limitada, *ez hipothesi:* "feito o pagamento de dez mil cruzeiros, a título de expediente, armazenagem (ou o que fôr) ". Já se disse que o comércio não precisa da endossabilidade ou da tradição operante de títulos, que contenham obrigações bilaterais, pois as partes podem chegar ao mesmo escopo com o emitir cada um, em separado, um titulo em que expressa a *sua* obrigação. A razão é nenhuma; a cindibilidade, em vez de explicar a proibição, justifica o emprego do título único com as duas obrigações, se duas há. ~ O quê

se permite em dois papéis, por que se não há de admitir num só? Falou--se em que implicava, da parte do portador, ao que adquiria, *cessão* de direito e *transmissão* de obrigação; e obrigações, admoestavam, não se transferem. Nada disso é convincente. Já vimos que não há, na transferência de títulos, cessão de direito, mas simples transmissão de posse.

Cumpre, porém, observar-se que, nos títulos de crédito e de obrigação a prestação de regra não pode ser dinheiro, mas a condição ou o *modus* o pode ser, e sé-lo-á quase sempre. Muitas vezes a natureza do titulo permite a prestação em dinheiro; com maioria de razão, a condição. É questão de fato; ao juiz cabe examinar o título, verificar se ele viola a lei, se encobre prestação pura em valor pecuniário, expresso em quantia certa.

O *modus* não se deve definir sem atento exame do fenômeno jurídico; é errado defini-lo como a *moderatio* e a *limititio* dos escritores antigos, o *temperamentum* de DONELLO, a *ratio* ou o *finis* de urna disposição qualquer, ou como a *adiectio rationis finalis, propter quam negotiurn erat initum* de CORDES, ou causa futura de 0. WENDT. Concerne, em regra, a negócios gratuitos (doação, legados, constituição de renda a titulo gratuito, cessão gratuita de direito de crédito, etc.). O subscritor de um titulo ao portador, que o presenteou a alguém, fêz doação, porque ele deu o titulo considerado *valor;* pode juntar ao ato o *modus,* mas o título não leva, consigo, a terceiros, o *modus* não expresso, porque é da natureza dos títulos circuláveis merecerem fé e não expressarem ou pressuporem mais que o seu teor. Quanto ao tomador (donatino), o *modus* produz os efeitos que se lhe reconhecem, em direito, não porém quanto a outrem. O *modus* foi concernente ao negócio jurídico da doação. Ora, como dissemos, o título inominado pode ser em si mesmo negócio jurídico gratuito e o *modas* ser expresso ou derivado da finalidade mesma do título. Em tal espécie o portador fica obrigado. Afirma A. VON SCHEURL *(Zur Lehre vou dcii Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschãften,* 257), que o *modus* não pode ser contido tàcitamente em negócio jurídico por força da natureza desse , mas deve sempre derivar de particular manifestação de vontade: de forma que não seria *modas* o encargo originado da aquisição feita *re ipso* ou *ez lege.* Tais palavras não contradizem o que dissemos: porque, se é a finalidade mesma do titulo que faz preciso e essencial o *modas,* não foi menos expressa a manifestação particular da vontade. Perguntar-se-á, talvez, *quando* começa a eficácia do *modas.* Fácil será responder, dentro da teoria do título ao portador: a apresentação da cártula é que faz nascer a obrigação (antes há apenas a promessa, que os possuidores transmitiram uns aos outros, irradiando-se a relação jurídica de dívida) ; portanto, só então o

portador, ao receber a prestação, se obriga ao *modas.*

O exemplo talvez melhor esclareça: quis um filantropo distribuir alimentos, vestes e mobiliários a escolas, mas desejou que os beneficiados admitissem alunos pobres, gratuita-mente, conforme prova. Emitiu títulos ao portador.

Eis, em traços típicos, o negócio com o *modus,* o título ao portador com a disposição modal, uma vez que se nele declarou explicitamente a vontade do subscritor, ou se viu implicitamente dos termos empregados, porque também ai o *modus* não deixou de derivar de particular manifestação de vontade.

O podador, que apresentou o título e recebeu, ficou obrigado a adimplir o *modus;* o filantropo tem ação contra qualquer portador, que recebeu a quantia em alimentos, vestes e mobiliários, e não adimpliu a obrigação modal (Código Civil, art. 1.180: "0 donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso fôrem a beneficio do doador, de terceiro, ou do interesse geral").

(b) Se se declarar no bilhete que "vale uma entrada no dia 5, ou 6, ou 7, se posto o visto e designada a cadeira, no dia anterior", há, na espécie, não só condição resolutiva a promessa do subscritor, mas também condição suspensiva à pretensão de entrada do portador. Se não foi apresentada, no último dia, a cédula, a fim de ser vista e designada a cadeira, a promessa fica resolvida. Nenhum é o seu valor, salvo, está visto, a hipótese de outra declaração, pela qual continue vinculado o subscritor *(e.* g., "mas poderá receber, na caixa, a têrça parte do valor do bilhete"). Contudo, ficaria, *mutatis mutandis,* resolvido, ao portador, o direito de se apresentar ao porteiro e exigir dele a entrada no teatro, ou na festa.

De tudo que acima ficou dito tiramos: que raros são os casos de *modus* nos títulos ao podador, e que, devido a extensão errônea do significado de modo, alguns autores, entre os quais CEsÂRE VIVANTE, *aludem* a aposição do *modus* nos títulos ao portador.

(c) Cartão de natureza jurídica especialíssima é o que se dá nas salas de porta-chapéus ou guarda-encomendas.

Não se trata de verdadeiros títulos ao portador, que se submetam, integralmente, às regras coessenciais a esses , mas de títulos de legitimação, *claudicantes:* 01 guarda ou chapeleiro não é obrigado a entregar sem indagações; se o dá, ciente-mente, a quem não é dono, responde por sua má fé. O exibidor do cartão ou ficha não está livre

de perguntas e, até, de pedido de provas de legitimidade, como não o está o dono da encomenda quando vai buscá-la com o simples papel numerado ou com a descrição. do relógio que deu a conserto , de fazenda destinada a cobrir botões, do retrato que mandou tirar dos livros que comprou. Provada a má fé, responde o emitente que recusou sem razão .

4.As FÓRMULAS DA CLÁUSULA. Os pressupostos externos dos títulos ao portador só excepcionalmente são fixados em lei:

a)Bilhetes bancários: Decreto n. 165, de 17 de janeiro de 1890, art. 1.0, § 8, e Decreto n. 498, de 15 de agôsto de 1891, ad. 59 (cf. Decreto n. 10.262, de 6 de julho de 1889, ad. 9.0).

b)Letras de câmbio: Lei n. 2.044, de 81 de dezembro de 1908, art. 1.0; c)Ações de sociedades anônimas; Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, ad. 20.

d)Debêntures: Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, art. 2.0, § 2.0; e) Cheques: Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1912, art. 2.0.

Em geral, o título *deve* conter: *a)* o que há de ser prestado ao apresentante: ou a alternativa, ou o modo de determinação do que se declara prestar; *b)* a assinatura do subscritor.

Mas *esses* mesmos requisitos não são absolutos: os títulos *podem* dispensar a declaração do quanto e a própria assinatura.

A vontade do subscritor é que dá o *valor* do título. Contudo: a) As apólices federais teriam, *e.* g., os valores de 200$, 500$ e 1 :000$000 (Decreto n. 6.711 de 7 de novembro de 1907, art. 69).

b) As letras hipotecárias não podem ser de valor inferior a 100$000 (Decreto n. 870, de 2 de maio de 1890, ad.

815).

A existência do título ao portador não depende de nenhuma forma e não raro dispensa a inscrição de cláusula.

Às vezes a ausência de outra declaração basta a que o titulo se regule pelos arts. 1.505-1.511 do Código Civil.

A supressão da cláusula pode constar: de lei especial, dos manifestos, planos ou programas de emissão, dos estatutos da sociedade, ou, até,

da prática comum ou mercantil, como os bilhetes de teatro, ou de estrada de ferro.

Outros há que apenas têm número, outros, ainda, nem sequer número ou palavra, *e. g.,* as entradas de estabelecimentos de diversão , que se reconhecem pela simples matéria e forma, como os retângulos de marfim, as fichas oblongas, de côr azul ou vermelha, esferas de vidro verde ou amarelo, figuras de alumínio, madeira, couro ou metal.

Quando dizemos papel, cártula, cartão, título, usamos de expressões apenas exemplificativas. Obrigações ao portador também se fazem de metal, marfim, madeira, osso , pano, celulóide, borracha, pedra. Ao elemento *real* não se fixa outro requisito que o de ser *sólido,* e ao elemento *pessoal* outra exigência não se faz senão o de se expressar no elemento real, ainda que convencionalmente na forma, na côr, na numeração, ou no dístico do corpo suscetível de transmissão manual.

O que determina a existência obrigatória dele é a vontade do subscritor, expressa na forma escolhida, ainda quando o programa, plano ou manifesto da emissão seja o comum ou legal, ou preestabelecida pela finalidade mesma, como o cartão seguinte: "Teatro Santa Rosa, Cadeira 6, Fila ci, 21 de agôsto de 1961". Está completo o titulo, que aí possui individualização, mas que podia não a ter, como se dá nas entradas de cinema: "Cinema Miramar, 21-XI-1961. Cadeira". Trata-se, no último exemplo, de cartão, que tem sobre o precedente duas incertezas: a da prestação, pois que não se diz *qual* a cadeira que se há de ocupar; e do próprio título, que adquire, com a falta de número ou de outros caracteres individuantes, maior fungibilidade. Salvo o flagrante delito ou a prova concludente do furto, o possuidor quase nunca pode vindicar-lhe a posse, ou mesmo usar de interditos; porque o bilhete é igual a todos os outros do mesmo gênero. O gênero, sim, se reconhece, pela data aposta.

Há, portanto, programa, ou plano, convencionado, ou de uso civil ou mercantil, que fixa a *forma* do título. t por ele que se regula a vinculação do subscritor. O programa, ou pIa.no, portanto, preestabelece a forma, escrita ou não. Requisitos são aqueles pressupostos materiais que ele determina, *o que vale dizer,* objetivamente, *os sinais da sua proveniência* . A cláusula pode ser tácita, ou expressa em termos equivalentes. Se algum proprietário de cinema ou empresário perde bilhete, ainda não carimbado com a data, o portador, ainda de boa fé, não pode apresentá-lo para entrar e assistir à projeção: faltou à cártula um dos requisitos. Se à apólice da divida pública falta a assinatura do preposto do governo , não está obrigada

a Fazenda Nacional, que a devera emitir. Que use de ação o portador contra quem o ilaqueou, ou lhe transferiu, como apólice da dívida pública federal, papel que o não era.

O titulo que tem o nome do credor e traz a cláusula de poder ser paga a prestação ao portador, não é mais do que um titulo de legitimação, ou título ao portador impróprio; regula-se pelas regras jurídicas do ad. 1.510.

Não é essencial ao título ao podador o silêncio sobre a *causa obligandi,* ainda que tais títulos fujam ao *quod plerumque fit* e importem exceções necessárias a cedas regras legais.

5. APLICAÇÃO AOS BILHETES DE LOTERIA, BILHETES DE BANCO E OUTROS. a) A regra jurídica do art. 1.505 aplica-se aos bilhetes de loteria: o prêmio deve ser pago ao portador, salvo, em contrário, intimação por mandado judicial. Em tal caso, entregue à empresa emissora o bilhete premiado, tem ela de depositar, judicialmente, a importância correspondente, com citação dos interessados, e fica exonerada das obrigações contraídas. Mas, até a intimação judicial, de que trata a norma anterior, os pagamentos de prêmios operam em favor da empresa todos os seus efeitos.

b) A diferença entre a moeda, o papel-moeda do Estado e os bilhetes de Banco, não a fazem, com o necessário rigor, todos os tratadistas. É titular de direito de apresentação (para constituir em débito o banco) o podador da nota bancária, ao passo que é titular de valor concreto e presente o da nota do governo .

Àqueles garante o lastro ouro, ou o lastro prata, ou o lastro apólices, com o que se lhes conserva valor efetivo correspondente ao nominal; o que não se dá em relação ao papel-moeda do Estado: esse é *dinheiro,* morre com a destruição do papel; tem curso forçado, ninguém pode opor-se a recebê-lo. Com o bilhete do banco podemos pagar contas, mas em virtude de acordo , com o que se perfaz a figura jurídica da dação em soluto. Certo é que há tendência econômica do título de curso livre e conversível a se substituir à moeda e a constituir *meio de solução ,* mas isso não independe do crédito do banco que o emite. Pode ressurgir a cada momento, em conseqüência de maus negócios, de diminuição da base metálica, ou não-metálica, a refutação, que é direito inexercido porém exercível.

Quanto aos bilhetes de bancos emissores, autorizados por lei federal, pois é da exclusiva competência do Congresso a criação deles (Constituição de 1946, art. 59, VIII), cumpre que se façam algumas

considerações.

Aos antigos bilhetes de banco, conversíveis em moeda metálica, exigia o Decreto n. 10.262, de 6 de junho de 1889, que contivessem as ditas notas, além da numeração e designação da série e da estampa: a) a inscrição do valor pagável ao portador e à vista em moeda metálica; *b)* o nome da companhia emissora e a sede; *e)* a assinatura de chancela do tesoureiro da Caixa de Amortização; *d)* a assinatura do próprio punho do diretor, administrador ou gerente da Companhia, a quem pelos estatutos competisse firmar a responsabilidade do estabelecimento (art. *99).*

Eram recebidos nas repartições públicas gerais, provincias e municipais.

Na República, manteve tais bancos o Decreto n. 165, de 17 de janeiro de 1890, art. 6.0: "Os bancos atuais de circulação metálica continuarão no gôzo de seu privilégio, observadas as disposições legais". Mas criou outros, com base de apólices da divida pública, moeda corrente ou ouro <art. 1.0) - Deviam conter os bilhetes: o nome do banco emissor; a assinatura do chefe da emissão, ou do seu substituto, e a rubrica do fiscal, por parte do govêrno (art. 1.0, § 8.0). No ano seguinte, o Decreto n. 493, de 15 de agôsto de 1891, ad. 59, exigiu: a) o nome do banco e a declaração da sua sede; *b)* a assinatura do chefe da emissão ou a do seu substituto quando impedido o primeiro; e) as rubricas de dois membros da Junta Fiscalizadora; *d)* a assinatura de chancela do tesoureiro da Caixa de Amortização para as notas fornecidas pelo govêrno, nos termos do § 89 do art. 19 do Decreto n. 165, de 1890, isto é, quando não tivesse oficinas próprias o banco. Ainda no govêrno provisório, substitui-se à fiscalização coletiva dq Decreto n. 493, a fiscalização singular da Lei n. 8.408, de 24 de novembro de 1888, e consequentemente se estatuiu (art. *49) :* "Serão substituidas pela rubrica do fiscal do Govêrno as dos membros da Junta Fiscalizadora,, exigidas no art. 59, letra *c,* do Decreto n. 493, de 15 de agôsto de 1891, para.

autenticidade dos bilhetes dos bancos emissores". -

Esse é o estado da legislação, embora nenhum banco tenha conseguido lei federal de autorização. Está ai, todavia, o direito objetivo, com o seu poder latente de aplicação.

Quanto ao papel-moeda, regem os Decretos-lei n. 4.791, 1" 5 de outubro, n. 4.842, de 17 de outubro, e n. 5.108, de 17 de dezembro de

1942, n. 5.375, de 5 de abril, e, n. 5.780, de 5 de agôsto de 1943, n. 7.672, de 25 de junho de 1945.

CLASSIFICAÇÃO DOS TÍTULOS AO PORTADOR

§ 3.733. Os títulos de crédito e sua classificação

1. TÍTULOS DE CRÉDITO RELATIVOS E TÍTULOS DE CRÉDITO ABSTRATOS. Dividiu II.

BRtYNNER os títulos de crédito, tendo em vista os efeitos da posse, em duas categorias: *absolutos* e *relativos.*

Os primeiros são as cambiais e as notas de banco; os últimos, aqueles em que a posse interessa à transferência. O

exemplo, que nos deu, era peculiar à lei prussiana, pela qual o possuidor adquirente tem de apresentar o título a fim de ser inscrito; e independentemente do título, pode depois exercer os direitos de acionista, tomar parte nas assembléias, e assim por diante.

2. DISTTNÇÀO QUANTO AO CONTEÚDO DO DIREITO. Quanto ao conteúdo do direito, distinguiu H.

BRUNNER três grupos: a) os títulos de sociedade; *b)* os títulos de valor, pertencentes ao direito das coisas *(sachenrechtliche Wertpapiere)*

c) os títulos de crédito. C. VIvÂN‟rE, como veremos, fêz, quanto ao conteúdo, melhor divisão.

Os títulos ao portador foram por ele classificados em dois grupos principais: os de direito das obrigações (ou obrigacionais), em que há direito de crédito, e os em que se documenta (?) direito diverso. Subdividiu os primeiros em várias sub-classes, das quais mencionamos, como principais que são: os *títulos da divida pública,* as *obrigações parciais particulares,* os *títulos de renda agrária,* as *letras pignoratícias* e as *letras hipotecárias,* os *cupões de juros* ou *interesses ,* os *títulos ao portador a prémio ,* os *títulos de participação de lucros* ou *dividendos,* as *notas de banco,* os *cheques ao portador,* os *bilhetes de loteria...* Desce-se quase à individuação.

Dentre os títulos de crédito em que a prestação não é dinheiro,

apresentam-se os talões ou títulos de renovação, prestações de dividendos ou interesses , os que legitimam o portador para a aquisição de novos cupões, os *títulos de tradição.* como a nota de depósito, os bilhetes de viagem, os de ingresso.

(H.BRUNNER deu aos talões o caráter de verdadeiros títulos ao portador; mas H. DERNEURG os quis simples *títulos de legitimação.)* Ficamos com H. BRUNNER, salvo declaração expressa em contrário e constante do teor de talão. Ésse não só tem o efeito liberatório para o subscritor, como o de obrigar a pagar sem entrar em indagações.

Tomou KARL LEHMANN *(Lehrbuch. des Handelsrechts,* 527) outro critério no distinguir: a) Títulos causais, títulos abstratos, isto é, a *causa proinittendi* inserta na própria promessa literal, ou com abstração da causa.

Causais, por exemplo, conhecimento de estrada de ferro, título de depósito, ou de diversões; abstratos, títulos cambiários; *b)* Títulos que dão direito a prestação de dinheiro, ou de outro gênero. *c)* Títulos que dão direito à prestação, independentemente, ou não de contraprestação. Óbvio é que se devem separar tais títulos: a vinculação do credor não exclui a existência do título de crédito, porque não é no *titulo* que se insere o débito; o que se nota em tais relações não é a vinculação do credor, mas condição, ou termo , a que se subordinou o título de crédito. Negar tal possibilidade seria estender-se aos demais títulos princípios limitativos que apenas concernem aos títulos cambiários (C. VIVANTE, *Trat tato di Diritto Commerciale,* III, 201). Pelo contrário: não há muitos títulos de crédito em que se não subentenda condição ou termo e, raramente embora, *modus.*

A disponibilidade do objeto do título está, quase sempre, sujeita ao pagamento 8a soma total, ou de juros, armazenagem, direitos aduaneiros ou outras despesas. Nenhuma regra de direito proibe o emprego de tal condição, expressa, ou intrínseca ao caráter do título. Os transportes de bagagens *a pagar* são exemplos, que seriam impossibilitados, se alguma lei proibisse a condição ou a determinação de fim no título creditório <em sentido largo).

A alusão ao *modus* suscita considerações de ordem teórica e prática. O comercialista italiano não prosseguiu na sua indagação e apenas tocou, muito à flor, o assunto. Mas, e evidentemente, não basta alegar o não ser proibida por lei, nos títulos de crédito, a aposição do *modus* ou a insercão implícita da modalidade. Ternos, pois, de enfrentar das mais sérias figuras do direito; porém, antes, faz-se mister adotarmos

classificação dos títulos ao portador.

.3. CLASSIFICAÇÕES QUANTO À FORMA, À NATUREZA E AO CONTEUDO. LACERDA DE

ALMEIDA *(Obrigações,* 2a, 73 s.) entalhou classificações em parte aceitáveis.

Em aPelação à *forma:* a) títulos que são ao portador por declaração expressa <e. *g.,* "ao portador", "a quem este apresentar") ; *b)* títulos em que se deixe um claro no lugar correspondente ao nome do credor, como nos endossos em branco; e) títulos sem nenhuma referência pessoal, apenas munidos de termos designativos do próprio título ou apenas do seu destino.

Em relação *à* sua *natureza* : a) títulos ao portador impropriamente tais, isto é, aqueles em que a cláusula ao portador ou a forma, toda objetiva, do papel é imposta, não no intuito de lhes facilitar o giro e a circulação, mas para forçar o emissor ao trabalho de averiguar a identidade do é redor e seu bom direito ao título (bilhetes de passagem, conhecimentos de bagagem, entradas de espetáculo) ; *b)* títulos destinados *à* circulação pronta e fácil, ou títulos ao portador propriamente tais; *c)* títulos tornados ao portador pelo endosso em branco.

Quanto ao seu *conteúdo: a)* títulos que têm por objeto quantia em dinheiro; *b)* títulos que representam prestação de fato ou coisa que não seja dinheiro; A títulos que, com direitos creditórios, conferem direito de outra natureza.

Há razões, de ordem teórica e prática, para que não adotemos *in totum* as classificações do jurista brasileiro. Não concordamos, de primeiro, com a inclusão de *todos os títulos* de prestações não monetárias entre os impropriamente tais, de modo que o emissor não se constitua na. obrigação de adimplir a quem lhos apresente.

Se é certo, por exemplo, quanto às entradas de espetáculos ou de sociedade e às senhas de chapeleiros (nos teatros, centros, reUniões particulares), não o é quanto aos bilhetes de ônibus, às "passagens", como dizemos a~

vulgar, por aquele conhecido fenômeno de semiologia que transmuda o *fim,* o destino de uma coisa, na própria coisa.

4.CLASSIFICAÇÕES QUANTO AO CONTEÚDO. Pôs de lado CESARE VIVÂNTE *(Trattato di Diritto Commerciale,* III, 197 s.) as distinções quanto à origem e preferiu, justamente, a que se refere ao conteúdo do direito; mas, em vez de três, viu quatro espécies: *a)* títulos de crédito propriamente ditos, que dão direito à prestação de coisa fungível em dinheiro ou em mercadoria, *e.* g., cambial; *b)* títulos que servem para adquirir-se direito real sobre coisas determinadas; por exemplo:

cautela de penhor, conhecimento; *c)* títulos que atribuem a qualidade de sócios, como as ações; os títulos que dão direito a algum serviço, como os bilhetes de viagem.

Depois de entalhar a sua classificação, o comercialista italiano advertiu que à doutrina dos títulos de crédito é indiferente a variação de conteúdo, pois que se ocupa deles depois de serem emitidos, isto é, quanto à sua circulação. Donde a divisão vulgar, a que se ateve: títulos nominativos, à ordem e ao portador.

Tomou por base L. BOLAFFIO o *conteúdo* dos títulos ao podador e enumerou-os, segundo conferem direito: a) a prestação em dinheiro, mercadoria, ou serviço, *e. g.* apólices da divida pública, cambial, cheque, bilhetes de banco, debêntures; lá a disponibilidade da coisa indicada no título, *e. g.,* título de depósito, cautela de penhor, conhecimento de mercadoria; e) a tomar parte em sociedade, é como acionista, ou quotista.

§ 3.734. Cupões de juros e cupões de dividendos

1.CONCEITUAÇÃO. E os cupões de juros? Os *cupões de juros* pequenas cédulas juntas às apólices, debêntures ou outros títulos e bem assim os de *cupões de dividendos* são *fortemente anexos,* mas *despregáveis,* juridicamente autônomos.

Promessas *concretas* de juros ou dividendos? A expressão , empregada por J. X. CARVALHO DE

MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial,* V, 124), é ambígua: *concreta* é a promessa que não *é abstrata,* coisa bem diferente. Tais *cupões* são *títulos ao portador,* como os outros. Nem precisam de exibição do título principal (ep. Lei n. 149 B, de 20 de julho de 1893, at. 9.0).

Deve-se, portanto, riscar o adjetivo.

2. VARIAÇÕES DE FUNÇÃO . No titulo principal, *pode* o instituto emissor declarar que o cupão vencido, *mesmo separado,* deve ser apresentado com o título. Conseqüência dessa cláusula é perder a autonomia.

Ainda assim, a conseqüência pode ser *decisiva,* ou apenas *de cautela:* no primeiro caso, não se paga, de modo nenhum, o cupão que se mostra sem se mostrar o titulo; no segundo, há exigência de expediente, que não exime o subscritor da obrigação de pagar ao apresentante. Dá-se isso nos casos de declarações como as que se seguem:

"é prudente", "convém", "aconselha-se", „<será de pagamento mais expedito apresentar também o titulo".

Nos *cupões de dividendos,* o valor não é determinado deixa-se a verificação posterior, que é a distribuição dos lucros. Por onde se vê que a prestação depende do que, segundo a lei e os estatutos, ou somente segundo os estatutos, se destina aos acionistas. Pode ser zero, ou mais ou menos do que e se distribuira anteriormente, ou quanto que pela primeira vez se distribui a cada um dos portadores de ações.

Resta saber-se se a incerteza quanto à prestação lhes tira o caráter de título ao portador. Não lhes tira. A prestação é subordinada à existência e distribuição dos lucros. Mais incerto do que tal objeto é o dos bilhetes de loteria, e não perdem, por isso, o caráter de títulos ao portador.

Quando se apresentam títulos no caso de amortização ou de resgate sem que o acompanhem alguns cupões, desconta-se a soma dos que, não vencidos, foram separados. (Foi o que resolveu, *e. g.,* o Regulamento da Caixa de Amortização, Decreto n. 6.711, de 7 de novembro de ~1907, art. 170, que, por sua vez, reproduziu o art. 5 do Decreto n, 7.381, de 19 de julho de 1879, onde se lê, exatamente, o seguinte: "No ato do pagamento de apólices do empréstimo de 1879, sorteadas ou compradas, descontar-se-á a importância equivalente a qualquer *coupon* de juros ainda não vencido, que tenha sido cortado". Ç providência que a natureza das coisas sugere.) 1 3.735. Classificações teórica e praticamente aconselháveIs

1. QUANTO À EXTERIORIDADE EXPRESSIVA. a) Quanto à *exterioridade expressiva* (forma literal ou não), podem ser classificados os títulos ao portador: *a)* títulos em que se usam os dizeres "ao portador", ou equivalentes; *b)* títulos em que o destino mesmo

determina a inominatividade (passagens de bonde, entradas de teatro sem nominação); *c)* títulos em que se deixa em branco o lugar do nome (títulos incompletos, endosso em branco) ; *d)* títulos em que o teor contém a cláusula *(e. g,* "valor recebido: *x").*

A exterioridade expressiva pode não ser apenas literal, e daí ser mais extensa a classificação: títulos em que se tem escrita a declaração do débito, o nome do devedor e da quantia ou prestação, ou em que só há a indicação de um desses elementos (forma literal) : títulos sem outra indicação que a própria forma plástica: senhas, fichas de metal, cartões de cor ou em branco, de onde duas subespécies: forma plástica pura e forma plástica colorida. O

programa é que fixa, fora do título, a expressão literal; na ficha ou senha, o contorno , a conformação geométrica, a cor , a gravura, o emblema, o número individualizante ou específico, substituem-se às letras, às palavras, às declarações verbais.

Cinemas havia, e tivemo-los no Rio de Janeiro, em que os ingressos eram fichas de alumínio, que se compravam na ocasião ou de distanciada véspera. A matéria palpável é imprescindível ao título ao portador, porque o que se neles supõe é o objeto possuído como órgão circulatório para a promessa.

A vontade do subscritor é que dá a forma: tratando-se de regra jurídica, requisitos como a holografia dependem e podem ser impostos pelos estatutos - ou leis de organização.

A senha verbal para se entrar em sala de reunião como se dá nas sociedades secretas, não pode ser assimilada ao titulo ao portador. Tem-se aí fenômeno „de natureza mais psíquica do que material,, embora afim do título ao portador, pois que, entre eles , há de comum o serem instrumentos *sensíveis* (um ao tacto e à vista, e outro apenas ao ouvido) de *legitimação* de alguém. (O sentido em que empregamos *legitimar* é o mais largo possível: transcende as raias da prova,

mas não se alça à comprovação do "verdadeiro dono". Legitimação é o ato de se evidenciar alguém idôneo a alguma coisa.) Entre eles há espécime conciliante: o cartão que se mostra para o exercício de um direito, como o primeiro ingresso em certos teatros, mas que só se entrega à porta do camarote, ou ao se procurar a cadeira mencionada. Muitas vezes não se entrega. Esse é título ao portador. Há-os até que se guardam e exercem, depois, a função de título sorteável , o que é hoje vulgar nas casas de diversões e de outros misteres.

“Ao portador”, “ao possuidor”, “ao apresentante”, são fórmulas que se equivalem. Às vezes , basta o nome

“cupão”, “bilhete”; outras, a própria natureza do escrito, ou da cédula, ou da ficha.

O cheque, se não indica o nome da pessoa a quem deve ser pago, considera-se ao portador (Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1912, ad. 3.0).

2.QUANTO À CIRCULAÇÃO. a) Quanto à circulação, há: a) títulos destinados a negociabilidade permanente; *b)* títulos que, embora ao portador, e facilmente transferiveis, se não destinam ao giro intenso. É a lei que marca a circulabilidade; e raro coincidem os seus ditames com as necessidades econômicas das nações.

3.QUANTO AO CONTEUDO. Em se atendendo ao *conteúdo,* os títulos podem ser çlassificados: a) títulos que têm por objeto soma de dinheiro ou coisa fungivel (apólice de dívida pública, letra de câmbio, nota promissória)

; *b)* títulos que representam coisas infungiveis , objetos ou mercadorias (faturas aceitas, conhecimentos de carga) ; *c)* títulos que conferem direitos de sócios (ações de companhias, cooperativas) *d)* títulos, que dão direito a prestação de serviço (passagens de ônibus, estradas de ferro, ingressos de teatro, convites impessoais), ou de outra utilidade (cartões de aluguer).

Outras diferenças existem, quanto à obrigação do subscritor de indagar, ou não, da procedência, ou da legitimidade do apresentante.

Daí as duas classes: *títulos ao portador “stricto seneu”* e *títulos de legitimação,* como as fichas de chapeleirà, os cartões numerados, representativos de encomendas, os convites inominados para reUniões particulares, as fichas de podaria.

4. TÍTULOS AO PORTADOR CLAUDICANTES OU TÍTULOS AO PORTADOR IMPRÓPRIOS. Os *títulos ao portador claudicantes* ou *impróprios* são aqueles em que o emissor tem o *direito,* e não o *dever* de pagar ao portador (títulos de legitimação, no sentido estrito, que lhes dá a doutrina alemã) - Não precisam de autorização legislativa: o apresentante não é, em tal espécie, adquirente do direito; não se ilude a proibição legal.

Não ilude; por sua natureza, costeia a proibição legal. De modo que não se eivam de nulidade, pois que se dá a inobrigatoriedade do pagamento ao portador: dispensa-se ao subscritor ou emissor o *dever* de pagar sem indagações e sem objeções ou exceções. O art. 1.511 do Código Civil diz ser nulo o titulo em que o signatário, ou emissor, se *obrigue* a pagar ao portador quantia certa em dinheiro e os arts. 1.507 e 1.508 incidem em se tratando de títulos ao portador próprios. Desde que se incluiu a cláusula ao portador, ou não se nomeou o credor, trata-se de título ao portador: de modo que é preciso no teor do título, ou na própria índole dele, afastar-se a obrigatoriedade do pagamento a *qualquer* apresentante. Se foi incerta a cláusula qualificada, o subscritor ou emissor pode recusar a prestação, com exigências de informação do título aquisitivo ou poder de disposição, e não incide em mora pelo simples fato de recusar o pagamento. Perdido o papel, o dono pode receber o quanto, de acordo com o Código Civil, art. 942, mesmo que seja declarada a necessidade de devolução do título.

O pagamento feito *mala fide* não libera; e sempre que as circunstâncias mostram que o subscritor ou emissor teve conhecimento da ilegitimidade do apresentante não fica exonerado. Tudo isso evidencia quanto tais instrumentos ora se parecem ora diferem dos verdadeiros títulos ao portador, a que se refere o art. 1511.

§ 3.736. TÍtulos ao portador representativos ou reais

1.CONCEITOS E PRECISÖES . Entre os argumentos contra a *teoria da pendência* e as duas *teorias da apresentação,* que vieram após ela, também se inclui o da dificuldade da construção dos títulos representativos ou reais. Ou elas, tem-se dito, só se destinam à explicação dos títulos *de crédito,* em sentido estrito e exato, e então se evidenciam teorias insuficientes; ou devem apanhar todos os títulos ao portador, e não se compreende que os seus seguidores deixem de construir, segundo a sua opinião fundamental, os *títulos de disposição,* ou mudem de mecanismo, quando desses se trate.

É aqui o momento para tomarmos como feita a objeção, examiná-la e dar-lhe a resposta necessária. Ainda hoje juristas, que aceitam, em parte, a teoria da pendência, como que a soltam, de vez, ao terem de construir o conceito de *titulos representativos de mercadorias.* >, Será que não cabe a respeito dos títulos reais a divisão da vida do título ao portador em dois períodos, um que vai do contacto com o *alter* até à apresentação, e o outro, que daí começa? Teremos ensejo de mostrar que pelo menos a teoria que sustentamos pode explicá-los, mantendo a

distinção temporal que é comum, em parte, às atitudes de R. voN JUERINO e de J. RIESSER e à que assumimos.

Nos títulos representativos, o conteúdo não é promessa de dinheiro, ou de outro bem, mas quantidade de mercadorias ou coisas, armazenadas, depositadas, ou em viagem, desde que sejam *especificadas.* Certamente, o direito que tem o portador do título não é *de crédito,* como seria o de um portador de titulo cuja prestação fosse moeda ou coisa fungível" não especificada.

Se dissermos, de início, que, em virtude da aquisição do título, o possuidor adquire poder fáctico imediato sobre as coisas depositadas ou em viagem, teremos adotado solução ambígua, porque ficou em aberto a questão da procedência jurídica de tal *realidade* (e não só simbolização) da tradição do titulo ao portador. Quando se emitem conhecimentos de depósito e *warrants,* dá-se ao depositante (ou, a risco do emissor, ao endossado, se o contacto com o *alter* foi contra ou sem a sua vontade) *mais* do que simples promessa de cumprir os deveres de depositário. Cremos que a chave do problema está nessas palavras: *mais* do que simples promessa de cumprir os deveres de depositário. Portanto, há dois pontos que têm de ser considerados: *a)* o subscritor dos títulos ao portador reais promete cumprir deveres resultantes do depósito ou do recebimento das mercadorias a transportar, é claro que aí estão direitos pessoais, construíveis como se constroem o dos outros títulos; *b)* um *plus,* que não depende, de modo nenhum, da vontade do obrigado, *plus* que é dado, exclusivamente regime possessório do Estado. Mais uma vez as dificuldades se evidenciam somente aparentes, pela confusão corriqueira da relação jurídica entre o emissor e o *alter* digno e entre os termos da série dos possuidores. Nada tem qualquer delas com a que irá surgir à apresentação. Na série dos possuidores, o direito das coisas é que domina: o efeito possessório resulta da doutrina de posse. A lei diz que a transferência do título importa *tradição real* ou somente *simbólica,* ou nenhum efeito sobre a coisa tem, quer de ordem *real,* quer *simbólica.* Com isso nada tem o emissor, que está, continuamente, na posição de *possuidor imediato.* (Mudado o direito possessório, a nova lei apanha os títulos circulantes. No direito internacional privado, o estatuto real é que decide, e não o estatuto da obrigação.)

2.CONVERSAÇÕES SOBRE A POSSE. Surpreende aos juristas que seja *atual* o direito de posse, conferido, pelo título representativo, ao possuidor, quando se *deve* prestação. Constituiria diferença sensível entre eles, com o efeito de inevitável cisão no domínio teórico. Ora,

tal distinção é puramente ilusória. Vimos que o fato da vinculação inicial do subscritor ou emissor nada tem com o que se passa, ou seja relação jurídica, ou seja situação de fato, na série dos possuidores, nem com a obrigação que surgirá à apresentação do titulo. Firmados tais pontos, que são essenciais, falar-se de direito *futuro,* que é o que nasce do ato- de apresentar, e de direito *atual,* conferido pela lei aos termos da série de possuidores, não são coisas antitéticas, que possam servir de dado diferencia entre os títulos de crédito, *stricto sensu,* e os títulos reais. Não são antitéticas e, pelo contrário, a análise das relações nos mostra serem compossíveis e nisso consistir, precisamente, o que se passa com, os títulos representativos.

3. O DIREITO QUE SE CONFERE COM A POSSE. A posse do título ao portador de direito das obrigações investe o possuidor na posição de titular do crédito. e é que é o credor, mesmo se o subscritor ignora quem seja.

Não há qualquer exigência lógica de que o sujeito passivo da relação jurídica saiba quem é o sujeito ativo da mesma relação. A posse do titulo ao portador de direito das coisas confere ao possuidor o direito de propriedade e a posse do bem móvel ou imóvel de que se cogita na cártula. O direito, no tempo que medeia entre o contacto com o *alter* e a apresentação, é, ali, pessoal; aqui, real. À apresentação nasce a pretensão, respectivamente, à *prestação* ou à *restituição.*

§ .3.737. Importância jurídica e aplicação das classificações

1.RELATIvIDADE E ABSOLUTIDADE. Bem que tenhamos dado conta das principais classificações dos títulos, lembremos aqui a clássica divisão de li. BRUNNER em títulos de crédito absolutos e títulos de crédito relativos (distribuição quanto aos efeitos da posse), títulos de sociedade, títulos de valor, pertencentes ao direito das coisas e títulos de crédito (distribuição quanto ao conteúdo do direito). As duas primeiras categorias são de pouco alcance, conforme se vê da exposição que tivemos ensejo de fazer. A segunda classificação, que adiante reformularemos, apresentou-se, na obra de

li.BRUNNER, com denominação inadequada de uma das categorias. Títulos de valor, pertencentes ao direito das coisas,:

disse ele (“sachenrechtliche Wertpapiere”>. Ora, valores pertencentes ao direito das coisas, títulos de valor pertencentes ao direito das coisas, são todos os títulos ao portador, ainda quando não sejam

títulos representativos, que seriam os únicos títulos subsumidos na classe que a expressão de 1-1.BRUNNER designa.

Quanto aos títulos ao podador, ele os classificou em *titulas obrigacionais* e títulos em que se documenta direito que não é de obrigação *(titulas de direito das coisas)* -

2.CAUSALIDADE E ABSTRATIvIDADE . Apontou KARL LEHMANN outro critério no distinguir: a) *títulos causais* e *titulos abstratos; b) títulos* que dão direito a prestação de dinheiro (títulos de pecúnia > e títulos de outra espécie; e) títulos que dão direito a prestação, dependente ou independentemente de contraprestação.

No Brasil, LACERDA DE ALMEIDA apresentou classificação, cujo exame foi feito. Duas outras distribuições mereceram referência especial, a de C. VIvANTE e a de L. BoLAFFIO.

Por conta própria, classificamos os títulos ao portador quanto à *exterioridade expressiva,* quanto à *circulação* e quanto ao *conteúdo*

3.NOTAS DO ESTADO E OUTROS TÍTULOS. Preliminarmente, não se pode resolver, a *priori,* a questão da inclusão ou não inclusão das notas do Estado entre os títulos ao portador. Seria postular-se a identidade de todas elas. Por outro lado, no terreno dos títulos ao portador, a questão não existe; só existe no terreno dos títulos de crédito, onde se diz que o conteúdo é um no tempo que vai da emissão ao vencimento e outro no momento da apresentação. Quando se fala de títulos ao portador como espécie de títulos de crédito, então surge o problema, sem consequências práticas, porquanto, qualquer que seja a solução, que se lhe dê, o dinheiro é sujeito a regime especial de circulação e raramente dá direito a prestação. Quando tal prestação é prometida, como ocorre nos títulos conversíveis, a natureza de título de crédito ao portador ressalta.

§ 3.738. Exterioridade expressiva, circulação e conteúdo

1. CLASSIFICAÇÃO DE TÍTULOS AO PORTADOR PELA EXTERIORIDADE EXPRESSIVA. Quanto à exterioridade expressiva, podem ser classificados os títulos pela forma seguinte: (a) títulos em que há declaração escrita do débito, do nome do devedor e da quantia devida, ou um só desses elementos; *(b)* títulos sem outra indicação que a própria forma plástica (senhas, fichas de metal, cartões de cor), donde duas subespécies, forma plástica pura e forma plástica colorida.

Aplicado aos títulos ao portador o critério distintivo, temos: a) títulos em que há os dizeres "ao portador", ou equivalentes; *b)* títulos em que o destino da cédula prefigura serem ao portador (passagens de bonde, cartões de estrada de ferro, entradas de teatros) ; *c)* títulos em que se deixa em branco o lugar do nome (títulos incompletos, endosso em branco) ; *d)* títulos em que o teor contém a cláusula.

2. CLASSIFICAÇÃO QUANTO À CIRCULAÇÃO. Todas as classificações quanto à circulação caem, necessAriamente, em casuística. A dicotomia em *títulos facilmente negociáveis* e *títulos destinados a menor circulabilidade,* bem que corresponda a dados reais, peca por ser demasiado heterogêneo cada um dos grupos. A mesma observação podemos fazer quanto às duas classes *títulos ao portador próprios* e *títulos ao portador impróprios, títulos ao portador "stricto sensu"* e *títulos de legitimação.*

3.CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO CONTEÚDO. Quanto ao conteúdo, as classificações de títulos ao portador trazem maiores vantagens e, principalmente, constituem, só por si, dados reais extremamente interessantes para o conhecimento da natureza e da função circulatória dos títulos. Porém não são peculiares aos títulos ao portador: derivam de considerações e de critérios, que presidem a idênticas distribuições em grupos de instrumentos jurídicos, de que os títulos ao portador são espécie. Em geral, os chamados títulos de crédito, sejam nominativos, sejam à ordem, ou sejam inominados (como tais, subordinados a lei própria de circulação), mostram-se suscetíveis de iguais distribuições segundo o conteúdo.

(Se nos exigirmos rigor terminológico, logo notaremos que a expressão *títulos de crédito* é inexata e insuficiente. Inexata, porque, ainda quando se prometa dinheiro, ou, por outro qualquer modo, o subscritor declare que pagará, crédito só existe a partir do contacto com o *alter* digno. Inexatidão dogmática, que, de si só, não justificaria proscrever-se a designação usual. Insuficiente, e por isso também inexata, porque, havendo, como há, conteúdo que não é, nem será, de crédito, a expressão se propõe abranger coisas que, em verdade, não abrange. E temos, como exemplo típico, os *títulos representativos de mercadoria.)* Foi a seguinte a classificação, que adotamos quanto ao conteúdo dos títulos ao portador: a) títulos que têm por objeto soma de dinheiro, ou coisa fungível (apólice de dívida pública, letra de câmbio) ; *b)* títulos que representam coisas não fungíveis, objetos ou mercadorias (faturas aceitas, conhecimentos de carga). Aqui, devemos notar que se trata da propriedade ou de outra relação jurídica em que seja sujeito ativo o possuidor e objeto uma coisa; *c)* títulos que

conferem direitos de sócios (ações de sociedades por ações, cooperativas) *d)* títulos que dão direito a prestação de serviço (passagens de ônibus, estradas de ferro, ingressos de teatros, convites) ou de outra utilidade (cartões de aluguer).

§ 3.739. Abstratividade dos títulos ao portador

1. TÍTULOS CAUSAIS E TÍTULOS ABSTRATOS. Títulos causais são aqueles a cuja prestação o devedor pode opor objeções e exceções concernentes à causa da subscrição. Dentre os títulos literais, muitos são abstratos. Nesses, o subscritor não pode subtrair-se à prestação, invocando ausência ou vício da causa. Em regra, os títulos ao portador não são causais.

Procura-se distinguir o caso em que o apresentante é a pessoa que o obteve do subscritor e aquele em que já é terceiro, sem contacto inicial com o criador do título. Se fosse absoluto que o subscritor ficasse vinculado independentemente da causa diz-se ter-se-ia de admitir que o portador de má fé (em relação ao subscritor) estivesse a salvo de quaisquer objeções e exceções do obrigado: só assim a emissão seria vinculante, indiferentemente à causa.

Mas verdade é que, à apresentação do titulo, pode o subscritor opor objeções e exceções àquele que achou o título perdido pelo próprio criador, ou dele obteve, ou o tirou sem razão jurídica. Em tôrno a isso, enliçam-se os juristas; não obstante, a teoria dos três momentos elide, por si mesma, a questão, O subscritor tem de pagar a quem lhe apresentar o título, porque deve ao *alter* digno. Com a apresentação nasce a obrigação. A dívida do subscritor nasceu quando o título ao portador, que ele criou, se pôs em contacto com a ambiência social e em circunstâncias de ser protegido o *alter.* A obrigação, essa, somente surge no momento da apresentação. Ora, o contacto com o ladrão e o achador não pode produzir a dívida. No momento em que um deles o apresenta, a obrigação não se irradia, porque não havia crédito de que se irradiasse. As objeções e exceções, oponíveis pelo subscritor, exercem a função de restaurar a verdade sobre o vinculo originário, sôbre a relação jurídica de dívida, e a verdade, na espécie, é não ter ela existido.

Restam as outras objeções e exceções, oriundas de contratos ou de situações jurídicas entre o subscritor e o apresentante. Seja de boa fé, seja de má fé o portador, as objeções e as exceções de ordem pessoal ao emissor ou subscritor e ao portador apresentante podem ser

opostas, não para aquela restauração da verdade, a que nos referimos quanto ao achador e ao ladrão, ou quanto a portador em situação idêntica, mas sim para o efeito normal das objeções e das exceções oponíveis pelos que são procurados para exigência de pagamento.

A vida não fora propícia à criação de incidentes que pusessem a nu a verdade dos princípios, que regem as objeções e exceções do subscritor, oponíveis ao primeiro portador do título. Quanto à cambial, não se deu o mesmo, e essa a razão de se ter levado para o terreno do direito cambiário o problema do caráter abstrato da obrigação. Juristas de educação civilística são propensos a negar o caráter abstrato da obrigação oriunda da cambial, porquanto, na relação entre emitente ou sacador e primeiro tornador, necessariamente , dizem, existe a causa. Donde concluírem, que, entre esses , é sempre invocável. Outros, mais advertidos, por serem comercialistas, ou por também o serem, recorrem à dualidade de relações jurídicas: entre subscritor e tomador, entre subscritor e terceiro possuidor. A primeira regula-se e depende do negócio inicial (causa), permitindo, portanto, a oposição de todas as exceções concernentes ao negócio jurídico. A segunda é indiferente à causa, por não existir vínculo direto entre o subscritor e o possuidor. Contra isso alegou-se haver contradição: considera-se causal e abstrato, ao mesmo tempo, um só negócio jurídico. Ora, o título ao portador, de regra, é abstrato. Não importa que se trate de primeiro possuidor, seja tomador ou não, ou de possuidor posterior. O que se passa é que a vincularidade só se produz (= a dívida só se irradia) ao contacto do título ao portador com o *alter* digno. O que é pessoal ao apresentante, pode opô-lo o subscritor, assim ao primeiro possuidor como a qualquer possuidor posterior. O que não é pessoal, mas explícito ou implícito no título, pode ser opôsto porque é indiferente à pessoa de qualquer apresentante. O que é pessoal a outrem, e não ao apresentante, não pode servir para se não reputar *alter* digno o apresentante, ou para se encobrir a eficácia do crédito ou da pretensão.

Distinguia JULIUS ADLER (fie Einwirkung der Wechselbegebung auf das causale Schuldverbãltnis, *Zei"súhrift hir das qesamte Tlandelsreeht.* 64, 127 s., e 65, 141 s.) duas abstrações das dívidas: uma. de direito material, no sentido de não ser possível a alegação da inexistência ou vício da causa; outra, de direito processual, devendo-se entender que o devedor não fica livre da dívida pela demonstração da inexistência ou do vício da causa, mas pode neutralizar a exigência do credor com o uso de tais objeções e exceções: mera inversão do ônus da prova. Seria recuo na história da elaboração dogmática dos títulos cambiários. De qualquer modo, a velha confusão entre o negócio jurídico básico

(subjacente, simultâneo ou sobrejacente), que pode não ter havido, e o negócio jurídico do título. Causa, se há questão quanto a isso. existe naquele; e não nesse. Toda a relação jurídica, derivada do primeiro (se existiu), pode ter sido *motivo* do seguro. Considerar causa do segundo a causa do primeiro constituiria procedimento arbitrário: dar como causa de um negócio jurídico a causa de outro, somente pelo fato destoutro haver precedido, como motivo, ou sucedido, como negócio jurídico complementar, àquele. Às vezes , são três os negócios jurídicos, o básico, o cambiário e o complementar. ~ Qual das causas seria a do segundo?

2.A TEORIA DOS TRÉS MOMENTOS E O PROBLEMA DA ABSTRAÇÃO. As dificuldades, que resultam dos caminhos acima tomados, mostram o valor prático da teoria dos três momentos. A prestação consignada na cambial é devida desde o contacto com o *alter,* que produz a vincularidade. Se houve, ou não, contrato fundamental; isso não interessa à lei, não cria vínculo entre declarante e o possuidor: o que se deu foi a formação, ou não formação, de contrato entre declarante e alguém, que pode não ser o tomador do título.

Imaginemos que o subscritor tenha assinado os títulos na ocasião de compra de terrenos, cujo pagamento seria de três em três meses. O desconto dos títulos, entregues no fim de cada trimestre, procurar-lhe-ia o numerário.

Tendo de fazê-los a cada prestação, entendeu de os fazer de uma só vez, e guardá-los. O negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, está evidente. Um dos criados rouba-lhe os títulos, e passa-os ao vendedor. Se a compra dos terrenos fosse a *causa* da subscrição e emissão, as objeções e as exceções poderiam atuar contra o vendedor. Ora, seria de todo absurdo. Tudo mostra a confusão entre *causa* e *motivo.* Donde podermos concluir que a discussão quanto a ser causal, ou não, o titulo ao portador,, ou o titulo cambiário, emana de imprecisão terminológica a respeito de *abstração* e de *causa.*

Apresentado o titulo, se o apresentante tomou parte no negócio jurídico básico, ele , com a pretensão, pelo fato da apresentação, deve ficar sujeito a todas as exceções oriundas do negócio jurídico básico, como a todas as outras de direito pessoal do subscritor, ou emissor, contra o portador. Diz-se que o normal seria o *solve et repete,* pagar primeiro e pedir, depois, o pago. Por economia dos juízos, permite-se a composição sob a forma de objeções e exceções. Não temos dúvida em aceitar tal explicação, desde que seja somente para o caso de

pretensão que se formou. Em muitos outros lugares do direito, encontram-se aplicações do princípio de economia dos juízos. Quanto a situações como a do achador e a do ladrão, absolutamente não serviria. Nessas, não há o *solve et repete,* abreviado em juízo único, e pelo fundamento evidente de se não poder mandar que se pague e repita quando, na verdade, não há dívida. O caso do achador é expressivo. Se o subscritor prova que perdeu o título e o apresentante o achou, o juiz não pode obriga -lo a pagar.

Resta o caso da terceira pessoa, que vai receber o titulo pertencente ao sujeito suscetível de objeções e exceções.

Aqui, a regra é que o subscritor deve pagar. Se tem prova da mancomunação, ou do caráter de servidor da posse, ou de representação, do apresentante, a *seu risco* deixará de pagar, propondo-se a demonstrá-lo.

§ 3.740. Títulos ao portador reais e mistos

1. TÍTULOS AO PORTADOR REPRESENTATIvOS. Vencida a preliminar da abstração do titulo, que não constitui das classificação dos *títulos ao portador,* porém subsume os títulos ao portador em classe esclarecedora, convém que se atenda a algumas considerações de ordem taxinômica.

Os títulos, que têm por objeto soma de dinheiro ou coisa fungível, constituem a classe a que melhor serve o nome, aliás, como vimos, aproximativo, de titulo de crédito. As regras jurídicas e as próprias teorias construtivas, quando se referem a títulos ao portador, é a eles que têm em vista. Os outros, eu sejam *títulos representativos de mercadorias, títulos representativos* ou *de direitos reais,* ou confiram *direitos de sócios,* ou prometam *serviços,* tratam-se à parte, por parecerem às leis e às teorias menos ordinários que aqueles.

Rigorosamente, a preeminência não existe; existe, tão-só, a maior simplicidade. Em todo o caso, também essa pode ser mais em nós, mais subjetiva, do que neles, porquanto a representatividade, se, por um lado, parece complicar, por outro assaz simplifica as relações jurídicas e os problemas.

Aos títulos em que diz corresponder ao titular o domínio ou algum direito real dão-se os nomes de *títulos reais* ou *títulos representativos, títulos de tradição , títulos de disposição* . A pretensão que nasce deles, com a apresentação; não é oriunda do direito de crédito.

O que surge é poder de disposição, *pretensão a restituição* . Antes de apresentado, o papel confere ao possuidor o valor decorrente de, com ele, retirar a mercadoria ou exercer o direito real consignado na cártula. Aqui, o fenômeno econômico explica-nos o fenômeno jurídico. Quando o objeto é oisa móvel, tais papéis intensificam a *mobilidade,* pela maior negociabilidade inerente aos títulos ao portador. Nos armazéns gerais, o escopo comercial é alcançado pela subscrição e emissão de dois títulos, separáveis à vontade e dotados de funções próprias. Um, recibo especial do armazém para os efeitos entre o depositante e terceiros: *é* o *conhecimento de depósito,* título de domínio, que se endossa para o efeito de transferir ao endossado ou ao portador, nos endossos em branco, a mercadoria. Outro, em vez de título de disposição, é itulo de empenhabilidade também entregue ao depositante, porque quem é dono de uma coisa também tem o direito de empenhá-la. Com o primeiro endosso, constitui-se o direito real de penhor, até a concorrência do valor da mercadoria, podendo ser em branco ou em preto É o wa *rrant.*

Teremos ensejo de entrar nos pormenores legislativos dos dois títulos, mas, nesse momento, convém dizer da sua construção e taxinomia.

A teoria que expomos quanto aos títulos ao portador em geral serve a todos os títulos representativos. Cumpre, porém, ter-se em vista que o Código Civil, com a teoria da posse que adotou, acrescenta efeito especial à tradição de tais títulos. Na sua feição geral, é particularidade do direito brasileiro. Abstraiu-se do *animus* e do *corpus.* Tal abstração torna *real,* e não só *simbólica,* a tradição da posse quando feita pela entrega de título representativo. Praticamente quer isso dizer:

não se tem de recorrer ao art. 200 do Código Comercial, nem ao efeito da tradição simbólica, que é, de acordo com o Reg. 737, de 25 de novembro de 1850, art. 186, 2a alínea, a inversão do ônus da prova; deu-se, para todos os efeitos, a passarem possessória.

2.TÍTULOS cORPORATIVOs. Outra classe de títulos ao portador é a dos chamados *títulos corporativos,* por se tratar da. atribuição, a que o título basta, da qualidade de componente de coletividade. Tais as ações das sociedades anônimas e das comanditas por ações

A teoria explica-os suficientemente. A posse deles produz direitos corporativos, quer os denominados *direitos de órgão* (votar, discutir, deliberar), quer os *direitos ao valor,* relativos à época da existência social *(dividendos, direito a bonificações* e *direito a ações-filhas),* quer

exercíveis após a extinção *(quota de liquidação)* - Se considerarmos que H. VON SICHERER tinha como creditório o direito corporativo, e nisso incidiram J. E.

KUNTZE, H. FICK e outros, poderemos apreciar o passo além, devido a F. REGELSBERGER e a JOSEF

ROHLER, aquele, ao mostrar a *situação jurídica,* existente nos títulos corporativos e em todos os direitos de tal natureza, e esse, no estudo da *técnica* de tais direitos.

Sabemos que Oro VON GIERKE (recensão na *Zeitschrift fiji- das gesamte Handelsrecht,* 29, 257) opôs à teoria da pendência não poder resolver o problema construtivo das ações ao portador. Antes da apresentação, as sociedades por ações ao portador existiriam sem sócios. O argumento seria eficaz contra R. voN JEERINO. Não contra a *teoria dos três momentos.* Conforme foi dito, antes da relação jurídica de obrigação, que nasce com a apresentação do título, há a relação jurídica corporativa, e as conseqüências jurídicas da posse do título ao portador emanam do vinculo entre possuidores-subscritores e sociedade. Tudo se passa como a propósito das outras côrtulas ao portador.

As ações são suscetíveis de dicotomia, que, embora mostre a diversidade dos direitos *atribuidos,* não desnatura o titulo inominado, que há nas ações. Assim, subdividem-se as ações ao portador em: *a)* ações que atribuem a qualidade de sócio nelas e por elas, a qualidade corporativa compete ao portador em conseqüência necessária e por efeito suficiente da posse do título; *b)* ações parciais, quase sempre para fins especiais, que não atribuem, para te-los os efeitos, a qualidade de sócio, e constituem títulos ao portador cuja extensão não coincide com a qualidade de sócio. Tais ações. são raras. A regra é terem *constitutivas* todas as ações ao portador.

O direito que resulta da ação ao portador pode ter por conteúdo qualquer um daqueles poderes de órgãos, ou de valor, a que acima nos referimos: participação nas assembléias, direito de voto deliberação, direito de opção na emissão de novas ações. Daí se chamarem *títulos complexos* ou *títulos mistos.*

Contudo, na mesma coletividade, os títulos podem ser qualitativamente diferentes. Uma, duas, ou mais espécies, discordando do tipo normal, podem ter conteúdo especial. Dá-se isso quanto às ações de gozo que circulam ordinariamente sem que o conteúdo pessoal varie. Outrossim, tratando-se de *ações preferenciais,* nas quais

os direitos pessoais são atenuados, enquanto se acentua o maior valor patrimonial, ou às quais se atribui voto plural.

Nas *ações industriais,* o portador, não tendo concorrido para o capital social, ou por tê-lo feito em porção mínima, não pode reclamar qualquer direito ao valor quanto ao patrimônio da sociedade, nem adquire, com a posse, a qualidade de sócio, ou os direitos pessoais, que dela resultem: com a apresentação, participam nos benefícios sociais, se existirem. O conteúdo é de ordem exclusivamente patrimonial. Em verdade, tais títulos dificilmente podem ser concebidos ao portador. Ocorre o mesmo com as *ações de trabalho, ações operarias ações de serviços,* hoje existentes em legislações estrangeiras e tendentes a interessar os trabalhadores no desenvolvimento das empresas

Após a guerra de 1914, os países que procuravam resolver os seus problemas econômico-financeiros cogitaram de formas novas de títulos, que interessassem os capitais ou assegurassem a determinados sócios maiores poderes Daí surgirem as ações, a que nos reportamos, ditas preferenciais *(Vorrech,tsaktien, Vorzugsalctien),* que abrangem as de voto plural *(Stimmrechtsaktien),* as de valorização ou de provisão *(Verwertànçjsaktien, Vorratsaktien),* nas quais o possuidor é obrigado a exercitar os direitos acionários ou deles dispor, em benefício da sociedade. É interessante observar-se que também se chamaram *ações preferenciais* as ações, sem voto, a que se promete dividendo de certa percentagem, se há lucros que dêem para isso, como preferência em relação a outras ações Com isso, ilaqueou-se grande parte dos não-entendidos em negócios e a instituição das ações preferenciais se tornou uma das práticas mais vergonhosas dos capitalistas sem escrúpulos.

Tipo curioso é a moderna *ação dos depositantes,* pela qual fica o cliente de instituição bancária com direito de voto nas assembléias. Ação, que se presta à forma ao portador e tem o intuito de angariar depositantes pela sedução da comparticipação nas deliberações sociais. Não são muito diferentes daqueles cartões, também ao portador, que as casas comerciais costumam dar, dentro dos embrulhos de compra, aos seus fregueses. Ou representam pequenos títulos premiáveis, ou legitimam para, abatimentos posteriores, ou constituem habilitação em concurso de melhor freguês anual ou semestral, ou dão direito, atingida certa soma de compras, a nôvo título sorteável ou restituição percentual. No caso das ações de depositantes, a diferença apenas está no conteúdo do direito que nascerá do título.

§ 3.741. Títulos singulares e títulos em série

1. CONCEITOS. A classificação dos títulos em *títulos singulares* e *títulos em série* não lhes altera a feição intima. O que se dá é que, nos primeiros, o conteúdo e a existência individual lhes dão a natureza de cádulas sem qualquer ligação com outras. A cambial ao portador é exemplo disso. Nos outros, cada um é exemplar de um gênero. Tais as debêntures, os bilhetes de loteria e as apólices dos empréstimos públicos. Os títulos ao portador são, quase sempre, *títulos em série,* também ditos *titulas em massa.*

2. REGIME JURÍDICO. A respeito, cumpre notar-se:

a) é possível, nas emissões de cambiais e de cheques ao portador, que se justifique, plenamente, a classificação de tais títulos como de série, em vez do que lhes prefigura o destino ordinário; *b)* o fato, que é trivial, de serem numerados, ou de qualquer modo individuados materialmente, pode retirar aos títulos emitidos em grandes porções o caráter de títulos entre si indiscerníveis.

Todos os títulos ao portador podem, dentro de certos limites, ser condicionados a prestação por parte do portador do titulo, ou dos portadores, segundo o sistema que consta da cartula ou do programa suficiente. A propósito, jurista italiano escreveu que somente podem ser condicionados a tal prestação os títulos representativos, acrescentando que isso não se pode conceber para os que tenham por conteúdo direito de crédito (L. BoLAn"rO, *Árchivio jurídico* 58, 274 sj. A afirmação, em tom de absoluta, é para ser afastada. Nada obsta a que se subscreva título ao portador com prestação pecuniária, no qual se diga que o portador, apresentando-o, tem, por exemplo, de o fazer acompanhar de recibo de dádiva de um livro de ensino a alguma escola.

§ 3.742. Títulos-filhos

1. SURGIMENTO DOS TITULOS-FILHOS. Após a guerra de 1914, na Europa, e antes e depois no Brasil, introduziu-se nas sociedades comerciais de grandes negócios e riscos, em contraposição à situação

de outras cujo capital como que soçobrava no todo, ou em parte perecia, a prática de se aumentar o capital, pondo-se em movimento mercantil os seus fundos de reserva.

Para isso, emitiam-se ações novas, com preferência para os acionistas (sistema Law), porém com a particularidade de ser mínima a quantia com que deveria concorrer o subscritor. O fato nôvo não é o direito de preferência, mas esse elemento de simples auxilio de ordem técnica para serviço e efetivação da nova emissão.

Em regra, quando uma sociedade procede à emissão de novas ações, reservadas aos antigos acionistas, o que se pretende é a procura de maior capital. Em suma: o aumento dos meios e dos recursos.

No fato que aqui nos interessa, não é a busca de novos recursos o que caracteriza o aumento do número de ações.

Trata-se de sociedades prósperas, em que, em vez de sugar de fora numerários, a nova emissão utiliza o que já era o seu patrimônio, repartindo, pelas ações antigas, as suas reservas.

Exemplo: em 1925, a sociedade Moktael-Hadid dobrou o capital. As ações do valor nominal de 500 francos vendiam-se por 8.300 francos. Com a entrega de 500 francos, o acionista obtinha a novação. Se o não queria, recebia 4.000 francos em dinheiro. Note-se bem: essa era a cotação para a compra do direito de preferência.

Aqueles 500 francos, como tantas bonificações que hoje há, constituíam expediente, criado pelos capitalistas, para fugir a certos impostos. No caso das Docas de Santos, há decênios passados, também se deu repartição da reserva. Hoje, é fato freqüente nas sociedades por ações.

Tal fenômeno da vida contemporânea tem para o direito importância maior do que a derivada dos problemas de direito fiscal. São as múltiplas situações de direito civil.

2.PROBLEMAS QUE SURGEM. Antes de entrarmos no assunto técnico, fique desde logo assente que, ainda subscritas ao par as ações novas, não ficam, só por isso, afastadas as dificuldades de ordem jurídica de direito privado, porquanto tal prestação pode ser assaz inferior à cotação das ações. Tem-se observado que as taxas. de subscrição somente poderiam significar nova entrada real de capitais se, distribuído o fundo a de reserva, a cotação das antigas se mantém a

mesma ou praticamente idêntica.

A bonificação ou prêmio (os Franceses chamam *prime,* porque aquela quota inferior ao valor nominal, ou, em certos casos, igual a ele , não deve ser considerada como *entrada)* constitui expediente que os povos, de que copiamos, criaram, para obviar a impostos sobre *frutos* e *produtos,* bem como para evitar que o próprio custo da nova emissão corra por conta da sociedade.

Para se ver, em espécie de experiência crucial, que as ações novas constituem *produtos* das ações e não *frutos* da sociedade, ou, melhor, partes desprendidas das ações antigas, basta atender-se ao fenômeno observado pelos economistas e juristas contemporâneos.

a) Ao contrário do que acontece com os aumentos de capital, que buscam *recursos novos* (baixa dos títulos antigos), as ações existentes sobem de valor quando a emissão anunciada distribui toda ou parte da reserva.

b) Mas, efetuada a distribuição, depreciam-se, em relação à cotação de antes do aumento, as antigas ações. É

conseqüência normal da cissiparidade.

Há regra que se lê em PIFFRE DE VAUBON‟, ainda de maior alcance: “L‟action ancienne subit une dépréciation égale à la valeur du‟ droit de souscription et cette dépréciation se reflête inmédiatement sur le cours du titre”. CLÓVIS BEvILÁQUA não somente se desinteressou dos estudos jurídicos procedidos após a aparição do fenômeno jurídico-econômico (aliás, já examinado pela jurisprudência), como também confundiu os dois conceitos de *fruto* e *produto* e desatendeu, sem fundamentos, ao que já se assentou na interpretação judicial brasileira, desde muito.

Antes das circunstâncias anormais da Europa, já o fenômeno aparecera no Brasil. Por isso, e por ser o parecer de ordem meramente apriorística , deixamos de analisá-lo. Ele supunha resolvido o que absolutamente não está, nem há opiniões bem fundadas que o tenham dado por assente: serem frutos tais ações novas, que as antigas *produziram.*

Os aumentos de capital, em operações ocasionais de distribuição total ou parcial dos fundos de reserva, não podem ser considerados frutos: não somente falta ao direito da subscrição o traço característico do fruto, que é o resultado praticamente periódico do capital.

Assaz diferente dos frutos, o que provém da coisa sem periodicidade e sem diminuição da sua substância, não se chama *fruto,* mas *produto.* Ora, a substância de uma ação não é o seu *valor nominal,* mas a fração que ela exprime em relação ao valor dos bens sociais. Se há novas entradas de capital, integralmente, a fração continua de ser a mesma: se o capital é em mil ações, cada ação é um milésimo; se o aumento foi de mil, cada uma das duas mil ações continua um milésimo. Ora, isso não se dá quando se distribui, para formar o aumento, o que *já era* da sociedade, o que entrava na cotação das ações antigas, o que servia para definir a sua substância. Depois da operação feita, a ação antiga passa a ser fração menor do que antes era.

Certo, há casos em quê o direito de subscrição pode ser fruto, não quando se trate de fundo de reserva da natureza dos valores tidos pela empresa , que não sejam renda retida, mas sim fundo consubstanciado ao capital.

Uma das conseqüências da verdadeira doutrina é ficarem gravadas de inalienabilidade as novas ações, as bonificações (não os frutos delas, os dividendos).

Outra conseqüência é não ser fruto o que obtiverem pela cessão ou renúncia à subscrição os acionistas. Trata-se de produto, de acessório, que terá de ser empregado para dar frutos aos usufrutuários e fiduciários, até que os nus-proprietários recebam o elemento destacado à propriedade, ou se devolva aos fideicomissários a propriedade que está com o encarregado da fidúcia.

PAGAMENTO DO TITULO AO PORTADOR

§ 3.743. Nascimento da obrigação e exigência do pagamento

1.NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DOS TRÊS MOMENTOS NA VIDA DOS TITULOS AO PORTADOR. É

fundamental a distinção entre o momento da subscrição, que só diz respeito à perfeição do titulo ao portador, portanto à sua *existência,* que tanto é dizer-se à sua juridicidade, o momento da sua *eficácia,* que somente começa ao contacto da declaração unilateral de vontade com o *alter* digno da proteção da lei (posse de boa fé) e o momento em que

se irradia, para o possuidor de boa fé, a pretensão e, para o subscritor, a obrigação.

Para chegar-se a essas precisões, muito concorreu posto que não trouxesse toda a verdade a teoria da pendência. Por isso, nenhum caminho é melhor para se versar o problema de quando se tem de pagar do que se examinar o que pensava R. VON JHnING e, após a crítica, expor-se o que em verdade se passa. O pensamento humano colheu muita durante um século de investigação científica em Urna do problema:

.~ quando se faz exigível a crédito irradiado do titulo ao portador? Noutros termos : ~ quando nasce, para portador, a pretensão?

Quanto ao nascimento da divida, é anterior, necessAriamente, ao nascimento da obrigação: a relação jurídica de dívida somente se constitui quando o titulo ao portador passa a mios de possuidor de boa fé, isto é, do *alter* digno.

2.DiscussÃo DO MOMENTO EM QUE NASCE A OBRIGAÇÃO E SE DEVE PAGAR. R. VON

JHERING, nos *Jahrb‟llch,er f‟íLr die Dogmatik* (1, 49 5.>, em se opondo à idéia de incorporação, escreveu:

“Vejo no papel apenas o meio juridicamente seguro para criação de obrigação, não a própria obrigação. O

portador do papel acha-se na mesma posição jurídica que o chamado à herança em face da massa hereditária (wie der Delat zur Erbschaft). Ambos têm o direito de adquirir (das Recht zu erwerben) por apresentação, por aceitação, a obrigação ou herança, apenas o direito, num caso, é transmissível, e, noutro, intransmissível”. A comparação era sedutora e retomou-a R. VON JHERING, com afinco: “Para os Romanos, em todo o caso, houve meio de tornar a herança, pelo menos a testamentária, simplesmente transmissível, com instituir, em lugar do herdeiro, o escravo dele Assim, com o escravo, podia o proprietário transferir a qualquer outra pessoa o direito de aceitação da herança. O proprietário *pro tempore* do escravo era o chamado *pra tempore* à herança”; e concluía: “não conhecemos nenhuma relação do direito romano, que apresente mais exata coincidência com o nosso moderno título ao portador. Em ambos os casos, trata-se de possibilidade, dada pela coisa (escravo, papel), ao seu possuidor, e, por isso, com essa, transmissível, de fundar relação jurídica”.‟ A

vindicação do escravo importava a do direito à herança, porque a propriedade dele continha a faculdade de adquirir, pela aceitação, a herança mesma; por igual, se observam os títulos ao portador: a vindicação do papel acarreta, juridicamente, dizia R. VON JEERING, a da obrigação. Aliás, para manter coerência, deve. ria dizer "do meio jurídico de criar a obrigação", e não "da obrigação", porque, como já vimos, o jurista assentou, de começo , que há, no papel, somente o meio juridicamente assegurado para a criação de obrigação, e não a obrigação mesma. Cremos, porém, que, a despeito dessa infelicidade de expressão, outro não foto intuito de R. VON JHERING.

"A única diferença entre as duas relações", continuava, "diferença que se não opõe, todavia, a seu confronto, está em que a possibilidade de aquisição, num caso, se liga à propriedade, e, no outro caso, à posse da coisa".

Muitos anos depois,sustentava o jurista as mesmas idéias (Die passive Wirkung der Rechte, *Jahrblicher fúr die Dogmatik, X, 446)*.

O escravo era o meio, como o é, modernamente, o titulo ao portador, e podemos do exame de alguns textos e fatos, acrescentar algumas observações ao que R. VON JEERINO ex-pendeu, com aquela clareza singular, tocante, que todos reconhecemos na elegância da sua escrita, na distinta simplicidade do seu estilo.

Esqueceu-lhe mencionar outra diferença entre as duas relações, não mais relativa à causa (propriedade, posse), mas à coisa mesma, ao escravo e ao título, meios de aquisição. No direito civil, ambos são, em si, "res corporales" (GAIO, *Ind.,* 1, 54; II, 13; § 22, 1., *de legatis,* 2, 20; L. 5, § 3, D., *usvjruetuarius quemadmodum caveat, 7, 9),* ambos se reivindicam, aquele então e esse hoje, ambos são suscetíveis de domínio e de posse e dos outros direitos reais. Certo, ainda quando era absoluto o direito do senhor, o escravo não deixou de ser homem, porque já não se tratava de criação da lei, mas de realidade em si, e, como ente humano, podia ser o portador dos direitos do proprietário. Meio de adquirir, mas meio em que, às vezes, a vontade operava. Não, contudo, no exemplo de R. VON JHERING, em que o escravo nada mais era do que o meio, sem nenhuma liberdade individual, sem nenhum direito de recusar ou de aceitar a herança. A coincidência é, pois, completa. Todavia, os textos romanos referentes ao escravo permitem ver-se a linha que os separava, sem desfazer a qualidade, que em ambos há, de meios juridicamente assegurados de criar direitos. Na explicação do fenômeno, mas já então quanto à aquisição por estipulação, os Romanos usaram da figura da representação indireta (GATUS, *Insi.,* III.

114 e 167), porque, sendo o escravo, embora coisa, homem, nada se opunha a que, no interesse do senhor, o substituísse: ao passo que, no caso moderno dos títulos ao portador, o mesmo não ocorre: usar da mesma explicação será cair na personificação do titulo, de mãos dadas a ALBa. SCHWEPPE, a E. 1.

BEKKER e seus adeptos, e a personificação, se, quanto ao escravo, havia a escusa do direito natural, quanto ao papel, repugnaria ao bom senso.

Vê-se que há algo de verdade na comparação de R. VON JHERINC. Mas ~por que o título tem aquela virtude, e, se a tem, por que a sua razão não é a mesma, que assiste ao escravo? A derivação do fato da propriedade e da posse constitUi o *datum;* isso não nos basta para se aceitar, sem mais discussão, a teoria exposta.

Urge, portanto, dizer qual a verdadeira natureza das relações jurídicas, uma após outra, e não só levar a cabo o estudo do fato em seus caracteres gerais *(denotação),* como também mostrar em que diferem, realmente, o fenômeno oriundo da delação e da circulação do título *(conotação).* Só assim, dizem os tratadistas de lógica, podemos conseguir inteiro conhecimento do objeto estudado. i,A diferença, quanto à propriedade, na espécie romana, e quanto à posse, na espécie moderna, não constitui suficiente material conotativo? Não, dir-se-á, porque o usufruto e a posse de boa fé produzem efeitos interessantes quanto às aquisições por intermédio de escravo. Sim, replicamos; porque tais efeitos concernem a outras aquisições, não à espécie que nos cumpre analisar. Em todo o caso, não é essa a primeira questão a ser resolvida: seria conotar antes de denotar. Os caracteres denotativos são os seguintes: com a coisa tem o seu senhor (empregamos o termo senhor em sentido indeterminado, como se fazia mister para a denotação) o meio juridicamente assegurado para formar direito, esse meio produz, portanto, subjetivamente, *facultas,* que constitui, não *direito de,* mas um *direito* a. O

possuidor de boa fé consegue, com o fato mesmo da posse, que se crie o *direito de,* de que o precedente *direito a* nada mais era do que pré-forma. Se a coisa está irregularmente em poder de outrem e o senhor a readquire, pelos meios que as leis lhe reconhecem, renasce o *direito a,* por isso mesmo que se assenhoreou da coisa. A fonte do direito está, portanto, na situação de poder sobre a coisa, que é a qualidade geral, a que se reportou E.

VON SAvIGNY, sem aprofundar a análise. O *direito de* surge do exercício do *direito* a, mediante o ato, que se considerou essencial ao

exercício <posse e apresentação). Temos, assim, em ambos os casos, direito, que se operou *vi praeformae.* Do direito antenor, que é pré-forma em relação ao novo , nasce esse . Dentre os caracteres conotativos são principais: *a)* Comuns ao exemplo romano: o ato é praticado pelo proprietário, de modo que o *direito a* somente nascia a favor do que tinha a propriedade do escravo (§§ 1 e 2, 1., *par quas personas nobis obligatio adquiritur,* 3, 28). Consequentemente, perdida a coisa pela posse de outrem, faz-se mister a reivindicação, ou a reintegração na posse, mais a prova da propriedade. *O* Comuns aos títulos ao portador: o ato pode ser praticado, *de direito,* pelo possuidor do título, que dele possa dispor, e também, *de fato.* pelo possuidor, qualquer que seja a natureza de sua situação, ressalvando-se, contra o possuidor de má fé, as exceções respectivas.

~Existe o *direito a,* enquanto a coisa está sem dono? Se existe, <quem é o titular? Mas, se, *ex hypothesi,* a coisa está derrelicta, ou, em geral, adéspota , ;.há, na espécie, direito sem sujeito? Tais perguntas, em vez de embaraçarem as soluções positivas, previamente as esclarecem.

Ao cidadão, que não podia adquirir um direito de propriedade, ou um crédito, por intermédio de outro cidadão, era permitido adquiri-lo por interposição de escravo: "quodcumque per servum adquiritur id domino adquiritur" (GAIO, 1, 52). O escravo *à* diferença de todas as outras coisas considerava-se, então, não só como objeto de direito, mas, igualmente, como instrumento de ação jurídica (P. E. GIRARD, *Manuel elementaire de Droit roinain, 94).* Mais do que o quirógrafo, em que se lança o crédito. porque o escravo fala e o direito, negando-lhe, embora, a liberdade, não lhe poderia negar caracteres que nele denotam o homem, e menos do que mandatário, porque esse tem a sua entidade jurídica e apenas, na ocasião, procede *alieno nomine,* e ao escravo só se reconhece tal aptidão se obra em proveito do senhor e na qualidade de representante. Daí os limites que naturalmente se traçavam a tal faculdade, *ex persona domini.* Carecia de tal poder, ou, melhor, da propriedade de ser instrumento., quando não tinha senhor a quem tirasse para si o reflexo da capacidade, *servus sina domino* (JAvOLENO, a L. 36, D., *de stipulatione servorum,* 45, 3) : o que foi estipulado por um escravo, que o senhor considerava derrelicto, nada é: porque quem tem uma coisa por abandonada põe-na de vez longe de si, e não pode utilizar os seus trabalhos quem, juridicamente, não quis que ela lhe pertencesse. Mas, se outrem a detém, pode adquirir por estipulação: porque o abandono é espécie de doação. (Escusado é dizer-se que hoje não se empregaria tal fundamento.)

Não se previu, aí, a herança ao *dominus,* por intermédio do *servus,* pois o título concernia apenas à estipulação dos escravos. Mas os textos

referentes à *factio testamenti* passiva dos *servi* não são raros: nas *Regulae* de ULPIANO *(Regulae,* 22, 7) testemunha-se que "servos heredes instituere possumus, nostros cum libertate, alieno sine libertate", e, se alguém institui herdeiro o escravo de outrem, procedendo a *facho testa menti,* como se fora com o senhor <ULPIANO, *Regulae,* 22, 9), o beneficio passa de mão em mão, até que seja aberta a sucessão e aceita pelo *dominus* da ocasião, ou pelo próprio escravo, se está, no momento, liberto (GÂTUS, *Inst.,* 2, 189>.

O *direito* a, como pré-forma, estava como que aderente ao seu corpo, gravado, inscrito; o escravo nada mais era do que o instrumento, que podia ser propriedade de qualquer pessoa, e com a libertação, que é a relevância de si mesmo, o direito que poderia pertencer a A, a E, ou a (7, passaria ao próprio escravo, que seria titular ou dono dele como o seria de si mesmo: "si vero manumissus est, suo arbitrio adire hereditatem potest".

A coincidência do fenômeno romano com o moderno título ao portador não deixaria de impressionar profundamente, a quem, como R. VON JHERING, vivia à cata de dados positivos, com que obtivesse algo da *natureza* do direito. A correlação é tocante. A *hereditas ambulans* tem, no direito moderno, símile fenomênico, embora nada mais reste que lembre, sequer, a sua feição institucional. O que morre, no direito, são as instituições, não os fenômenos: a terra de hoje em sua feição geológica, em suas situações de habitação, de cultura e de esplendor, não é maia a força que a faz girar no espaço e os elementos *a* e *b* continuam de produzir, quimicamente, o mesmo elemento *e.* O objeto da ciência jurídica não varia em essência, mas em forma, como em forma variam, todos os dias, os dados que estuda a Física; em períodos de centúrias, os da Zoologia e da Botânica, e, em milênios, os da Biologia.

Mas, na essência, são os mesmos. Assim no direito: fosse tudo mutável em tal terreno, e sê-lo-ia tudo o que se escrevesse e se dissesse. Não haveria ciência jurídica; chegar-se-ia ao absurdo das ciências temporárias, que, através dos tempos, postulariam, cada uma por sua vez, o seu conceito particular do direito, segundo a vida social, o povo e a época respectiva. Teríamos, assim, elaboração científica, que importaria puro trabalho de Sísifo (E. li. BIERLINO, *J?tristische Prinzipicnlehre,* 1, 3).

O título ao portador corre de mão em mão e o fato da-nos a ilusão de que é um crédito que existia. Também o direito oriundo da propriedade do escravo perpassa, incerto, e pensavam os Romanos que fosse a herança nesina coe circulasse:

“Hereditas ambulat com dominio servi No entanto, todos sabemos que a delação não se confundia com a aquisigao: o sucessível, pela abertura da sucessão, nada mais era que um chamado, *delatus,* não um sucessor.

Hereditas iacet, húreditas sim‟ *domino cst.* Os inconvenientes de tal situação foram atenuados por ficções, que antes simularam a aquisição da herança (L. 28, § *4,* D., *dc stipulatione servoum,* 45, 3) pelo herdeiro, mas, depois, conforme JULIANO, admitiram uma como sobrevivência jurídica do defunto <L. 33, ~ 2, D., *de adquírendo remam dontinio,* 41, 1), durante a jacência da *hereditas.*

Hoje a tal ficção prefere a ciência o conceito da utrrcssin *tn unívers*um *tua.*

3. À R. voN JHERING. Um dos maiores opugnadores da teoria da apresentação ou da pendência, após exposição deficientíssima , de nove linhas (A. BRUSCHETTINI. *Trattato dci TitoIi ai poItato?e,* 213), vaga, inadequada à altura do pensamento de R. VON JEERINO. escreveu: “Sem dúvida, se tudo isso fosse exato e aceitável, a selva de incertezas, em que se convulsiona a construção jurídica do título ao portador, seria evitada e os resultados práticos; que se lhe poderiam tirar, seriam incontestáveis”. E citou dois exemplos das vantagens: resolução do problema da transferência por tradição e a do que concerne à inoponibilidade das objeções e exceções. Todavia não se pode deixar de reconhecer, concluía o escritor italiano, que essa teoria é absolutamente arbitrária e destituída de todo o fundamento jurídico.

Deveriam assistir a ele sérias razões para o dizer, dada a violência prévia da crítica, o tom hiperbólico, que é encontradiço, todavia, em suas páginas. (Foram críticos da teoria de R.VON JEERINO, entre outros, J. E.

RTNTZE, JOLLY e OTTO VON

GIERKE, mas a crítica de A. BRUSCRETTINI como que as reuniu.

O que ele disse foi o máximo que poderia alegar.) Vejamos o que se alegou: a) Não é admissível que o crédito do portador só se estabeleça (ou até então fique pendente) no momento da apresentação, pois ao portador competem, durante a existência do título e antes da apresentação, direitos indiscutíveis, como, por exemplo, o de perceber juros, direitos que pressupõem já existir e estar perfeito o crédito. O argumento quis atingir,‟ de uma só vez, a R. VON JI{ERING e a E. FITTTNG, mas por não nos parecer exata a teoria do último devemos

considerá-lo dirigido particularmente ao primeiro. (Aliás, quanto àquele, o seu erro melhor diremos: a sua deficiência consistiu em negar o crédito *nascido* da posse do *alter* digno, quando, em verdade, somente pendia a pretensão. Leia-se "pretensão" onde se fala de *direito de* e

"crédito" onde se alude a *direito a,* e está conforme a ciência o que expusemos.) Os juros e mais interesses oriundos dos títulos ao podador podem ser percebidos ou em cartões (vales, cupões), separáveis dos títulos, ou pela apresentação do titulo mesmo, a fim de se legitimar o possuidor como credor dos juros. No primeiro caso, os cupões são pequenos títulos ao portador, materialmente, e, na atualidade, acessórios, mas juridicamente e potencialmente separáveis. O possuidor de uma apólice ao portador pode cortar o cupão e pô-lo em circulação, como título autônomo, que o é. Se é certo que a ação possessória pode reentregar ao esbulhado a posse da apólice e seus vales de juros, impressos no mesmo papel, picotados, para fàcilmente se despegarem, ou apenas riscados, para que a operação de corte se faça com a tesoura ou qualquer outro processo mecânico, também é indubitável que a ação só produzirá tal efeito porque o objeto dela é o papel e não o título como crédito (segundo a opinião dos opositores). Se o ladrão procedeu à separação e passou o cupão a outrem, que de boa fé o possui, o nôvo possuidor pode, no dia do vencimento dos juros ou prêmio, receber o quanto, mesmo se nunca tivesse sido possuidor da apólice. No subscrever a apólice ao portador com os juros em cupões, o subscritor subscreveu tantos títulos quantos forem a apólice e os vales de juros.

Apenas os vales de juros só serão exigíveis no dia do vencimento marcado, fato que não repugna à natureza dos títulos inominados, que podem ser, como os outros. sujeitos à fixacão de termos .

A outra espécie não se nos afigura de mais dificil explicação. Pelo contrário: traz à prova a excelência da concepção criticada, pelo menos como elemento histórico e de pesquisa que a ciência de hoje teve de aproveitar.

O que se faz mister, para percepção do interesse , é a apre *sentação* do título, no dia aprazado, ou depois, para recebimento do que nele se promete, até a apresentação para o crédito total. Dá-se, na espécie, fato conhecido dos juristas, mesmo aos menos aprofundados: não a promessa divisível, mas a aglomeração de promessas num só título. Quem tem em mão o documento apresenta-o para criar a pretensão e receber o que lhe é devido. O

pagador diminui, na cártula de promessa, o quanto prometido, que se cifra nos juros pagos. O titulo continuou de correr, sem que a promessa principal ficasse alterada. O seu valor, que é elemento econômico, mais apreciável pelo detentor, ficou diminuído pelo lançamento do juro pago.

Mas tal diminuição só se aprecia no tempo. Alcançado o novo ano, novos juros estão vencidos e acrescem ao quanto prometido.

Juros não são emolumentos que só se paguem depois de existente a *obrigação* principal; pagam-se antes ou na ocasião do ato do mútuo, ou qualquer outro contrato. (Aqui, convém frisarmos que, no tempo~ em que críticos escreveram, ainda não se tinham nítidas, precisas, as noções, hoje inconfundíveis, de *crédito* e de *pretensão.* Os juros supõem o crédito, não supõem a obrigação. Juros, que supõem a obrigação, são os juros moratórios.) Nada impede que alguém prometa juros sem ainda nada ter recebido de outro, ou se lhe fêz doação e conservou a coisa doada. Na L. 10, D., *de potucitationibus,* 50, 12, firmou-se E.DERNEURO *(Pandekten,* II, 85) para dizer que os juros podiam ser prometidos unilateralmente, pois não se lhe exigia forma especial.

Os cupões de juros são espécie de *fructus (civiles)* do valor expresso no título. Despregados dele , cessa a qualidade de acessórios, como ocorre a todos os frutos quando se procede à separação, à colheita, à percepção: adquirem independência jurídica e a hipótese da nulidade da título só os atinge porque constitui, diretamente, a sua nulidade. Os títulos nominativos podem ter cupões ao portador (títulos mistos) e tais cupões não se invalidam pelos defeitos que concernirem à nominatividade do título, a que se referem; para que a nulidade os alcance, força será que produzam a nulidade do cupão separado, considerado, de si e per si, como titulo ao portador. O subscritor somente pode opor ao portador de boa fé as objeções e exceções de que trata o art. 1.507

do Código Civil.

Há títulos ao portador cujos juros são pagos mediante exibição do papel que se perfura com a declaração “pagos os juros do 1.~ (ou 2.0) semestre” e, à tinta, como se estabelece com as debêntures do empréstimo de muitas empresas , a data do ano. Os sistemas são muitos; mas nenhum deles traz embaraços ao que dissemos.

Durante a vida ambulante de um título, pode o subscritor, a cujas mãos volte esse , ou por apresentação acidental, ou propositada, a

determinado posto ou agência, acrescentar novas promessas. Mais: sem tocar os títulos, prometer-lhes sorteios que não constavam dos planos iniciais da emissão , ou novos juros que lhes levante o valor. Tudo isso é possível. O valor cresce, sem que precise constar do documento. A nova palavra colou-se, abstratamente, ao papel circulatório. A separação ressalta: nem o escrever ou retomar o título é essencial á nova promessa; nem a promessa precisa da vontade do portador do momento em qua ela foi feita. Se imaginarmos portador que protesta contra os novos juros (mais altos), nem por isso deixam de ter direito a eles o próprio protestante e os portadores sucessivos que apresentarem os títulos para percebê-los. Por quê? A promessa é ao público; o título, objeto de posse do *alter.* A nova promessa, válida perante a lei, vale para o *alter.*

A bilateralidade não explicaria o fenômeno. Se todos os possuidores atuais não a aceitassem, nem por isso deixariam de ter o novo direito os possuidores sucessivos.

b)Se fosse aceita a teoria da pendência, dizem os críticos, antes da apresentação não teria credor o signatário do título. Não nos parece digno de longo exame o argumento. Primeiro, porque, eficaz contra R. VON JHERING, cuja teoria não foi completa, não o é, contra a *teoria dos três momentos,* tal advertência formada por OTTo \„ON

GIERICE (recensao. *Zeitsehritt flir das gesamie Handelsrecht,* 29, 257).

Temos, portanto, com os recursos de hoje, a fixação dos três momentos: a)Primeiro momento:

O título ao portador, se satisfaz os pressupostos legais necessários , entra no mundo jurídico. Um deles é a *subscrição,* ou o que, na espécie, equivalha à subscrição. Se algum pressuposto falta, que não é ligado à *existência,* mas sim à *validade,* o título ao portador perfez-se como negócio jurídico unilateral, mas é *nulo* ou *anulável.*

b) Segundo momento:

Se o título ao portador se perfez (~ se fêz negócio jurídico unilateral = o negócio obteve juridicidade xx o negócio entrou no mundo jurídico) e não é nulo, a posse do *alter* digno faz nascer o crédito (eficácia do negócio jurídico unilateral, que depende do contacto da declaração unilateral de vontade com a ambiência jurídica). Há, assim, a relação jurídica de crédito, que é entre o subscritor e *cada* possuidor de boa fé em relacão a ele , durante o tempo da posse ou do direito à posse que se possa exercer.

e) Terceiro momento:

Quem pode apresentar o título e o apresenta faz nascer ao credor a *relação* nascerem, ao credor, a pretensão, e ao devedor, a obrigação). Se. ao apresentar, não se pré-eliminou o elemento cobrança, esse é o momento em que se deve *pagar*.

§ 3.744. Apresentação do titulo ao portador e cobrança

1. FUNÇÃO DA APRESENTAÇÃO. K apresentação do titulo ao portador, feita ao subscritor, ou a quem lhe faça as vezes , determina a irradiação da obrigação. Até esse momento o possuidor, *alter* digno, apenas é titular do Direito de crédito. Com a apresentação nasce a pretensão. Quem apresenta título ao portador, após o vencimento, não pratica apenas o ato de exibição. No mesmo ato há o elemento para o efeito da relação jurídica obrigacional e o elemento para, conceptualmente após isso, mas, na vida, simultaneamente , exigir o pagamento. Há deflagração da pretensão e há cobrança. Sem a apresentação não se pode querer que o subscritor ou emissor *pague,* nem, sequer, nasceria a *obrigação.* No Código Civil, art. 1.508, estatui-se: "O

subscritor, ou emissor, não será obrigado a pagar senão à vista do título, salvo se este for declarado nulo".

Cientificamente, dír-se-ia: sem a apresentação não nasce a obrigação; sem nascer a obrigação, não pode ser exigido o pagamento.

É proveitoso, antes de tudo, recordar-se, rapidamente , a formação da lei.

2. HISTÓRICO DO ART. 1.508 no Código CIVIL. O Projeto primitivo, art. 1.627, dizia: "O devedor não é obrigado a pagar senão mediante a apresentação do título, exceto no caso de já ter sido ele anulado". A idéia de

"obrigado", dentro da teoria, bem se justificaria em relação ao apresentante, porque é a apresentação que lhe dá a pretensão, foi exata. Aliás, a de devedor desapareceu, felizmente, no Projeto revisto (art. 1.793>: "O subscritor só é obrigada a pagar à vista do título, salvo o caso de ter sido declarado nulo". Ficou "obrigado". A Comissão dos Vinte e Um *(Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados,* VII, 188), em 1902, conservou o artigo em sua inteireza (Redação final, art. 1.536; Projeto adotado, art. 1.513).

Em 1902, no Senado, RuI HARBOSA propôs, em vez de “subscritor”, a alternativa “ou o emissor”, que posteriormente se cercou de vírgulas.

3.RELEVÂNCIA DA APRESENTAÇÃO. O devedor é obrigado e só é obrigado a pagar mediante a *apresentação* do título. Se ocorre algum pagamento parcial, deve ser anotado no título, sob pena de não poder o devedor opor a terceiros de boa fé o adimplemento parcial: para esses a verdade está no título ao portador, e não podem ser prejudicados por ato que não deixou traço de passagem no texto do documento. Sofra o devedor os resultados da omissão.

A fé pública, que se protege nos títulos ao portador, não vai ao ponto de excluir as objeções oriundas das regras de incapacidade de subscrição. A *publica fides* concerne à verdade do documento, e não à autenticidade ou aptidão legal do subscritor, O conteúdo do documento é que se há de ter por verdadeiro, não o documento mesmo: o titulo provindo de um louco não se poderia ~regrar por presunção de validade, sem a derrocada de elementares princípios jurídicos; e tão comezinha é a razão, que não se controverteram, em tal passo,. as teorias, e apenas porfiavam por bem fixar o momento da apreciação técnica da incapacidade.

Já vimos, outrossim, quais as objeções e exceções, únicas, que o subscritor pode opor ao apresentante do título, O Código Civil, no art. 1.508, diz-nos que só mediante a apresentação do titulo o subscritor, ou emissor, será obrigado a pagar. “Apresentação” não e o termo empregado pelo Código. Lá se diz “à vista do titulo”, com pronunciado pendor a afastar a idéia de entregar, que nem sempre é essencial. Com o evitá-la, livra-se a lei do absurdo de exigir, a *priori,* a restituição do papel. Às vezes , é de nenhuma significação utilitário pois o devedor, que lança no título a declaração “pago”, inutiliza-o completamente: o pequeno valor do papel em si é o que fica em mãos do portador embolsado do valor do título inominado; e, como veremos, ao examinarmos o ad.

1.509, em principio, o que importa, na vida circulatória do título, é a *posse* dele *com a promessa,* porque, com a *posse,* se tem o direito de apresentar, e, com a *promessa,* o pleno poder de transferir a outro, com o papel, a promessa, ou de, apresentando-o, fazer nascer a obrigação. Ora, o titulo carimbado, cancelado, deliberada e propositadamente riscado, perfurado ou impresso com dizeres amortizantes, deixou de ser veículo de promessa.

Quem o possuisse, faria jus a apresentá-lo a quem lhe aprouvesse, uma vez que tal direito emana da posse mesma; mas seria exibir pedaço de papel, e nada mais. Não assim o título sem sinal externo, o título que se pagou e se guardou, inalterado, no cofre. Posto em circulação, reobriga-se o subscritor; porque o portador terá os dois elementos para se fazer credor: a‟ posse e a promessa. Com aquela, apresenta-o; e, com essa, passa a outrem, ou faz nascer, à apresentação, a obrigação.

A lei civil brasileira deixou à convenção, aos usos e costumes, à praxe mercantil e à comum, o determinar quando se faz preciso entregar-se b título ao portador e quando o subscritor se satisfaz com a exibição nua.

Muita vez, ao passarmos de uma estrada de ferro para outra, lembra-nos a questão jurídica , que ora versamos,, quando, num trem, nos tomam o bilhete, que, perfurado, no interesse da companhia, para evitar a fraude do cobrador, é guardado de nôvo, e noutro, perfuram o bilhete que exibimos e depois no-lo restituem. A companhia poderia numerá-los e ainda lhes atribuir função preformal de crédito, com ou sem álea , *e.* g., para serem sorteados no fim do ano, ou, retinidos e representativos de certa quantia, darem direito a 5 %, ou a alguma carteirinha de novas passagens, ou outro brinde.

Há títulos ao portador, principalmente bilhetes, que dão direito a três ou mais pagamentos ou sorteios; a cada época, ou decisão, morre parte da preforma creditória. Há amortização sucessiva a outras amortizações, de modo que a entrega, à primeira, fOra impraticável.

4.OBJEÇÕES E EXCEÇÕES DO SUBSCRITOR. Feita a apresentação, tem o subscritor de pagar. Ou presta ao apresentante o que fOra prometido, ou deposita para que se verifique a procedência da sua objeção ou exceção.

Quando o título se perde ou é furtado, cabe a *oposição* ao *pagamento,* na forma do art. 1.509. Se a dívida se vence antes de expirado o prazo para emissão de novos, que se substituam aos caducos, o opoente pode exigir pagamento, independentemente do nOvo título. Nem há conveniência, para o subscritor, em emitir novos, em vez de solver a divida; nem, para o possuidor, em adquirir novos *objetos* para a sua posse. A relação direta entre eles já está formada. Há, frente a frente, um credor e um devedor. Aquele pode exigir e preferir a paga em vez da entrega de títulos sub-rogados. Esse ou paga, ou incorre em mora, se lhe foi exigido o pagamento.

Se ao portador‟ não lhe convém receber, faltou o elemento para o

estabelecimento da relação jurídica de obrigação, e o subscritor não pode, por seu arbítrio, pagar, em vez de lhe dar outros em substituição dás títulos caducos. Houve simples oposição , o que autorizaria a exigência; não houve, porém, tal exigência, sem o que embora se tenha esgotado o prazo não nasceu a pretensão: ao portador é livre pedir-lhos e passa -los a outrem, ou preferir a solução da dívida.

Se o título fOr nulo ou anulável, cabe defesa ao subsertor. Essas nulidades são as extrínsecas e as intrínsecas ao papel de crédito: incapacidade passiva; falsidade e falsificação . Mas cumpre ter-se em vista o que há de limitativo no ad. 1.507 do Código Civil, onde se reduzem as objeções e exceções àquelas que derivam de situações pessoais entre o subscritor e o podador e aquelas que emanam da validade ou do teor do título ao portador. TOdas vão ao ponto de produzir nulidades internas ou externas do titulo ao portador.

A circulação do título independe de relação jurídica entre o subscritor e o tomador. A cadeia em que está o portador atual é a que se forma pelas inúmeras relações jurídicas entre os possuidor~es sucessivos. A relação jurídica com o subscritor é desde a posse, quando nasce □o crédito, e a pretensão somente nasce com a apresentação.

Se ao título ao portador foi decretada a nulidade, ou a anulação, nenhuma foi a *promessa.* O vinculo não se estabeleceu. O portador pode reaver do anterior o que lhe deu pelo título nulo ou anulado, mas para isso tem de recorrer aos princípios gerais que regem os negócios jurídicos bilaterais. O primeiro tomador, sim, se era então o possuidor, ou se, acionado, restituiu o que recebera, pode pedir ao emissor o que lhe dera. Mas; aí, o que regula, não é mais o título, e sim o contrato que entre eles houvera, ou o direito sObre enriquecimento indevido.

A~ questões - de incapacidade já foram tratadas. Quanto às objeções oriundas da forma do título, cumpre que se atenda às regras seguintes:

-a) Nas relações entre o subscritor e tomador há um contrato (negócio jurídico subjacente, simultâneo, ou adjacente), na maioria dos casos; então, a falta de algum requisito, ou a obscuridade, pode ser sanada, em harmonia com a vontade do subscritor.

b) A falsidade de parte não essencial não importa a do titulo. *Utile per mutile non. vitiatur.* A nulidade parcial de um ato não o prejudica na parte válida, se essa fôr separável ‟

(Código Civil, art. 153). Também a nulidade dos cupões de juros não

contamina os títulos principais, mas a desses repercute naqueles, se não há, na espécie, considerados quanto a circulação e à forma externa, inteira autonomia morfológica.

A falsidade não acarreta prejuízos ao subscritor, salvo se para ela concorreu culpa ou negligência dele. A falsidade da assinatura invalida todo o título. Perde-o o portador, salvas as ações contra quem Ihe transmitiu, de acordo com o direito comum.

A falsificação do título não deve prejudicar ao subscritor, mas ao portador, que o adquiriu.

Salvo os casos em que a criminalidade se operou no lugar da emissão, ou por preposto, mandatário, empregado, Órgão ou sócio do estabelecimento emissor, o dano não atinge a esse, mas a quem comprou o titulo.

Em matéria de pagamento, cumpre terem-se em vista as excrescências de papel que ficam em certos títulos depois de separadas do canhoto. Sirva de aviso aos possuidores: não os acertem pelos pontilhados, ou pelo traço separativo; às vezes , a excedência foi propositada, a fim de se facilitar a verificação da identidade do título.

Não perdem, só por isso, o titulo; mas expõem-se a indagações e por conseguinte a embaraços e retardamentos.

Finalmente.

Em regra só há um limite à ampla liberdade e direito do devedor a pagar a quem lhe exibe o título, sem que tenha de indagar da origem da posse: a criminalidade. Não deve o subscritor ou emissor fazer-se cúmplice de delito *(e.*

g., roubo, apropriação indébita). Também é direito e dever dele evitar que o tenham por *partieeps fraudis.* Não há dúvida que ele , para resolver se há de pagar ou se pode não pagar, tem de ater-se aos princípios, e ao juiz cabe apreciar as circunstâncias e julgar se foi razoável e oportuno o procedimento dele.

5. BíLHETES DE LOTERIA. A regra do Código Civil, art. 1.508 aplica-se aos *bilhetes de loteria.* O prêmio deve ser pago ao portador e por motivo algum será adiado ou recusado o pagamento do prêmio ao portador, que o exiba, uma vez verificada a autenticidade, e ainda que por erro ou engano das listas de sorteio, ou que, por duplicata na numeração, a outro se tenha feito o pagamento. Se houver dúvidas

sObre ser autêntico o bilhete premiado, a empresa deve depositar, no Tesouro, ou em juízo, conforme a lei, a importância dele , que será levantada, a final, depois que se apurar a verdade, entre os interessados, ou judicialmente.

Apresentado o bilhete, se a empresa não deposita o dinheiro, quer alegue dúvidas sObre a autenticidade, quer use de alguma das objeções ou exceções permitidas no tocante aos títulos ao portador, como se tira do art. 1.507

do Código Civil. a sua recusa ou adiamento, não combinado com o apresentante, constitui infração e faz-se o pagamento por meio da caução prestada pela empresa , sem prejuízo da sua responsabilidade, levado o fato ao conhecimento do Ministro da Fazenda. Diminuída, assim, a caução, a empresa deve recompô-la dentro em quarenta e oito horas, ou de certo prazo legal, contado da intimação do fiscal para esse fim, sob pena da caducidade do contrato, prevista pelo Govêrno, sem nenhuma dependência de interpelação judicial.

A caução, a que nos referimos, é o depósito para *fiel execução do contrato.* Pela teoria da lei e pela teoria dos três momentos, que coincidem, o contrato lotérico faz-se com o Estado, que há de aprovar os planos: o direito do portador do bilhete premiado deriva da posse do título ao podador, que é negócio jurídico unilateral. A lei conferiu ao bilhete o efeito de, sorteado e exibido, constituir em *obrigação* a empresa. Daí a *mora debendi* da emissora só se iniciar com a apresentação do bilhete.

Os bilhetes de loteria são insubstituíveis, por sua natureza: não lhes são aplicáveis as regras relativas a deterioração ou destruição completa do título, nem se dá ao portador o direito a novos bilhetes, que façam as vezes dos primeiros, em caso de perda, furto ou roubo.

Se o bilhete contém os sinais de individuação, a empresa não pode recusar pagamento, salvo se lhe falta a metade ou mais, ou a parte que, por expressa declaração no bilhete, se reputa essencial.

Enfim:

A substituibilidade dos títulos depende da natureza deles. ou do programa, quer programa público, corno os planos de emissão, quer insertos no próprio título.

O título substituível, uma vez roto , queimado, ou perdido, não dá ação para a feitura de outro.

Ainda mais: o subscritor pode definir o que entende por título destruído, como se previne não considerar titulo o que estiver rôto ao meio, ou que só tem dois terços, porque está descorado em mais de um quarto. Tudo isso é de livre declaração, desde que se não trate de título cujo programa depende da lei ou de programa geral.

~3.745. Tempo do pagamento

1.PRINCÍPIOS GERAIS. Quanto ao tempo de pagamento, aplicam-se aos títulos ao portador as regras gerais do Código Civil, arts. 952-954. Assim, se a época ajustada para o pagamento fôr dependente de condição, só se vence o título ao portador e, pois, só se tem de pagar na data do implemento.

Ao portador assiste o direito de apresentar o título antes de vencido o prazo: a) se, executado o devedor, se abrir concurso creditório; 19 se os bens, hipotecados, empenhados, ou dados em anticrese, forem penhorados em execução por outro credor; *c)* se cessarem, ou se tornarem insuficientes as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las (Código Civil, art 954, parágrafo único).

Se não foi ajustada a época do pagamento, o credor pode exigi-lo imediatamente (Código Civil, art. 952).

Aplicado aos títulos ao portador: não se havendo ajustado a época, pode o portador *apresenta-lo* quando quiser e desde já.

2.VENCIMENTO, OBRIGAÇÃO E PAGAMENTO. Não é no. momento de vencer-se que pode ser exigido o crédito irradiado do título ao portador. A *apresentação é* indispensável. Se *é à* vista o título ao portador, vencimento, apresentação e nascimento da obrigação ocorrem simultaneamente , muito embora, conceptualmente, se tenham de considerar infinitesimalmente sucessivos. Se não é à vista o titulo ao portador, muda a figura: são em três momentos o vencimento, a apresentação e o nascimento da obrigação, porém o vencimento vem, temporal- *mente,* e não só conceptualmente, *antes.*

O que se estatui nos arts. 952-954 do Código Civil só se entende com o vencimento. Titulo ao portador que se venceu precisa que se apresente para que nasça, ao possuidor de boa fé, a pretensão e, ao subscritor, a obrigação

.

CAPITULO IV

SÊRIE DOS POSSUIDORES E RELAÇÕES JURÍDICAS DENTRO DELA

§ 3.746. Distinção a que se há de atender

1.RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE O SUBSCRITOR E O POSSUÍDOR E RELAÇÕES JURÍDICAS

ENTRE POSSUIDORES OU TENEDORES DO TITULO AO PORTADOR. O maior cuidado, que se há de ter no trato dos problemas jurídicos concernentes aos títulos ao portador, é o de se distinguirem das relações jurídicas entre o subscritor e o possuidor, em que a posse de boa fé passa à frente de qualquer outro elemento fáctico, as relações jurídicas *dentro* da série de possuidores. O possuidor pode ter sido um só, de boa fé ou de má fé, e então terá apenas iniciado série, que não prosseguira. Se houve dois ou mais possuidores, as questões entre eles podem versar sobre a propriedade, a posse ou a tença. Em vez disso, na relação jurídica entre o subscritor e o possuidor, o que importa é a posse de boa fé:

se há possuidor de boa fé, diante do próprio subscritor, vinculado está o subscritor e á apresentação do título ao portador nasce a obrigação. Não há questão de propriedade. Não há, para o subscritor, ação de reivindicação, porque se alguém obteve posse de boa fé, não pode o subscritor disputar-lhe.

2.PRECISÕES. O assunto que vamos versar só se refere à série dos possuidores. Nada tem com o que possa existir entre o subscritor e o possuidor. Para se focalizar a relevância da distinção entre as relações jurídicas do subscritor com o possuidor e as relações jurídicas entre os possuidores sucessivos, basta que atendamos a que, entre possuidores sucessivos, o último pode ser adquirente da posse com boa fé sem no ser diante do subscritor e pode ser, diante do subscritor, possuidor de boa fé sem que o seja na série dos possuidores.

§ 3. 747. Lei da circulação

1. COMPARAÇÃO. Quando se examina a lei de circulação dos títulos nominativos endossáveis, a dos títulos à ordem, e a dos títulos ao portador, nota-se quão próxima da cessão de créditos é, sem com ela se confundir, a dos primeiros, como é intermediária a dos segundos e como se identifica com a das coisas móveis a dos últimos. Os títulos à ordem mantêm a peculiaridade, que deriva de serem títulos que caminham sem que desapareça, no seu texto, a *história* da série dos .possuidores. No título ao portador, o elemento real, a posse do título constitui não só elemento necessário como suficiente à eficácia do negócio jurídico. A tradição, por si só, serve e basta à ambulatoriedade do título.

Na série dos possuidores, o título é valor mediato, enquanto se não vence, ou, após o vencimento, imediato.

Num e noutro caso, negociável, porque se trata de poder implícito nos direitos componentes da posse. Os títulos nominativos e à ordem negociam-se, mas constituem coisas infungiveis . Os títulos ao portador são fungíveis, posto que por força da vontade das partes, se possam tornar infungíveis.

Separadas as categorias de fatos fatos entre o subscritor e z e fatos na série dos possuidores as dúvidas concernentes àqueles, as discussões doutrinárias, que só àqueles dizem respeito, não devem e não podem perturbar o exame do que se passa na *série dos possuidores.*

2. FATOS DA SERIE DOS POSSUIDORES. Os fatos na série dos possuidores merecem ser objeto de exposição especial. Cumpre afastar tudo que constituiu princípio só aplicável a outra classe de fatos. Os fatos entre o subscritor e z nada têm a ver com o que se passa *na série dos possuidores.*

Na série dos possuidores, as questões são em toda a escala do *direito das coisas,* principalmente da *posse.*

Apanham os títulos ao portador todas as relações jurídicas de que são suscetíveis os títulos ao portador como *bens móveis: e. g.,* domínio, achada, tesouro, abandono, penhor, usufruto, fideicomisso, empréstimo, caução a favor de outrem. posse de boa e de má fé, posse imediata e mediata; todo o direito das coisas, inclusive da posse, e todas as relações de direito bonitário da família e de direito das sucessões, *no que se refere a móveis,* apanham os títulos ao portador.

3. DOMÍNIO. Na série dos possuidores, há o momento em que a boa fé

intervém, *inicial mente,* e cria, em relação ao subscritor, o *direito de crédito* e o *direito de apresentação,* com as suas conseqüências . Tal relação já foi por nós estudada, desenvolvidamente. (Observe-se, porém que o direito de apresentação aí é a *fortiori)* A discussão entre os possuidores anteriores a isso, todos. *ex hypothesi,* de má fé, interessa menos, porque apresenta a peculiaridade de serem posses anteriores à víncularidade do título *como tal.* Ao ladrão do título ao portador, que estava em mãos do subscritor, pode ser furtado o título, ou o próprio ladrão pode perdê-lo.

Enquanto não há possuidor de boa fé, nem se estabelece a vincularidade do título, nem há alguém que se haja de reputar *possuidor.* Todavia, há a tutela jurídica de qualquer posse ou tença, o que independe de ter havido alguma vez posse de boa fé em relação ao subscritor.

O que nos interessa é a série a partir da boa *fé* em relação ao subscritor ou emissor. Série que, de ordinário, começa do domínio por parte de alguém.

Dissemos de ordinário, e não necessAriamente, porque, se o possuidor de má fé (antes de qualquer posse de boa fé) empenha o titulo a alguém de boa fé, não nasceu o domínio, mas nasceu o direito real de penhor a favor do credor pignoraticio de boa fé. Referimos o exemplo do penhor. Poderíamos ter referido outros. Portanto *necessariamente* a série dos possuidores começa da boa fé, e não do domínio; quer dizer: O ponto de partida da série dos que possuíram e possuem O título *vinculativo* começa de qualquer direito nascido com a boa fé, seja domínio, ou não.

Consideremos, particularmente, a *série dos possuidores,* para as nossas indagações , a série posterior à *vincudaridade* do titulo. No decorrer dela, surge, talvez, a má fé: porém essa má. fé, ou será *anterior à* série, e terá o efeito *pessoal* só revelável quando o título for apresentado e a apuração dos fatos pessoais for possível; ou será *posterior,* e nada terá com a relação entre o possuidor e o subscritor.

Aqui. rígorosamente, o ponto essencial: a *má fé* entre os possuidores é apurada segundo a relação jurídica específica entre esses possuidores, e nada tem com o subscritor ou emissor. O que furtou o título ao subscritor e o que furtou o título ao possuidor são juridicamente, para com o subscritor, pessoas distintíssimas . A promessa nada tem com o primeiro; a situação jurídica da coisa móvel, que é o titulo ao portador, esgota o regime das posses, nas relações entre possuidores sucessivos ou não.

4.PossE. A diferença, a que tantas vezes nos referimos, entre as relações jurídicas do subscritor com o possuidor e as relações jurídicas da série de possuidores ou tenedores tem ponto de intercessão que merece ser considerado em particular.

De. ordinário, um dos que possuiram ou possuem o titulo ao portador adquiriu a propriedade segundo a lei das aquisições dos bens móveis. Pode acontecer, porém, que o primeiro possuidor tenha sido de má fé e os outros, que se lhe seguiram, também o tenham sido. Ninguém adquiriu a propriedade. *Adquire a propriedade do titulo ao portador o possuidor que tem posse de boa fé em relação ao subscritor.* Se o título ao portador passa, depois, à mão de alguém que está em situação de má fé em relação ao subscritor, proprietário do título, *nele interessado,* é o próprio subscritor, pois o possuidor anterior, que alienou a propriedade, a perdeu e o adquirente da posse não a adquiriu. Se a posse do título ao portador vai a terceiro, de boa fé em relação ao subscritor, esse em virtude da relação jurídica que se estabelece entre ele e o subscritor adquire a propriedade.

Demos o exemplo: B furtou de A o título ao portador subscrito por A; vendeu-o a C, que ignora o furto, e C

vendeu a D, empregado de A, que se havia coludido com B, e D vende-o a E, que estava de boa fé. No tempo que corre entre a aquisição da posse por D e a aquisição por E, proprietário é A.

§ 3.748. Aquisição da posse e da propriedade do título ao portador derrelicto 1. DERRELICÇÃO. A derrelícção faz o corte jurídico:

a relação jurídica de propriedade e a relação fáctica de posse deixam de ser. A posse *cessada* com a vontade do possuidor escapa à proteção que o texto da lei confere aos que são proprietários e possuidores. Perdera posse e propriedade.

Assim, não podem reaver as coisas que *eram* suas os que as perderam pelo abandono (Código Civil, art. 520, 1): há o fato e a intenção; a perda não é só *corpore,* mas *corpore* d animo. Todos os casos de tradição e de derrelicção, não os alcança a tutela jurídica, ainda que se trate daquele fato jurídico de natureza assaz- estranha, de que os juristas romanos cogitaram: a composse e a perda da situação possessória. No assunto dos títulos ao podador cresce de vulto a hipótese, não só quando se trata de títulos fisicamente divisíveis, como, e mais vulgares são os exemplos, se há posse comum de título ao portador com cupões de juros. Todos sabemos que a posse coletiva

se perde como a posse individual. Na espécie, houve *perda da posse* e perda da *propriedade;* porque a derrelicção implica as duas.

2. OCUPAÇÃO DE CÁRTULAS DERRELICTAS. A primeira espécie de aquisição da posse de títulos é a da ocupação de cádulas ou fichas derrelictas. Não se pode conceber o título *ainda mio ocupado,* porque em verdade o subscritor foi, necessariamente , o *primeiro ocupante.* Porém, dir-se-á, nada obstaria a que, uma vez que tratamos da posse produtora do direito cartular, possamos considerar a aquisição da posse do titulo subscrito e perdido como aquisição de título adéspota. Em todo o caso, o expediente, sobre artificial, teria o inconveniente de atribuir ao incidente importância possessória que ele não tem: o que ocupa o título achado e ainda não possuído, bem que seja o primeiro possuidor apto a apresentá-lo

para adimplemento, está de tal modo sujeito a providências do destituído, que é o subscritor, e tão exposto a exceções dele, que o seu direito ao crédito é nenhum, salvo o ardil, a fraude, como se interpõe terceiro, suposto achador, a fim de fazer crer-se possuidor de boa fé.

A derrelicção, portanto, é o que nos interessa, e ap~nas devemos separar, na análise, o *ato derrelictivo do subscritor* e o *ato derrelictivo do portador.* -

Como podemos atirar à rua moedas, para que as apanhem os garotos, ou às portas de uma igreja, ou em ocasião de festa de caridade, a fim de esmolar os pobres, podemos subscrever pequenos títulos ao portador e neles fixar o gênero alimentício, com que os favorecemos. Mas nada nos impede fazê-lo, incertamente, sem que se veja o pobre ou o rico, a criança ou o velho, o bom ou o mau. Podemos, por exemplo, lançá-lo das janéias de um comboio, ou à partida de um vapor. deixá-lo em plena floresta, ou nos jardins públicos. Esses são casos de derrelicção que só entendem com o título ao portador em sentido amplo; os demais títulos de crédito, os nominativos e à ordem, escapam a essa hipótese. Quem os ocupasse, não teria o direito cartular; como se daria com o ocupante do título ao portador.

(Em todo o caso, o subscritor do título endossado em branco por ele mesmo, tomador, derrelínqúe . Quem o apanha, é possuidor de título ao portador, que pode volver a ser título ao portador.) 3. PROVA DA DERRELICÇÃO. Difícil pode ser a prova da derrelicção. Não é impossível, nem sempre difícil: basta imaginar-se que o subscritor o

declarasse publicamente , ou o confessasse, ou houvesse testemunhas do seu ato. Na *teoria dos trás momentos,* todos os portadores têm pleno poder, quer para aceitar a promessa, quer para transmitir a outrem a declaração do subscritor, que assim o investira daquela faculdade.

(a) Se o subscritor não houvesse derrelinqílido o título, não teria o achador a posse com o efeito legal específico, que se resolve no pedir a paga,- ou transmitir a promessa: dai a possibilidade de se reaver o título e de se lhe oporem exceções, ou contestação mesma do direito. Não se poderia tratar de possuidor de boa fé, em cujo favor militasse o princípio do Código Civil, art. 1.507. Se o inventor o passasse a terceiro de boa fé, nada poderia fazer o subscritor, porque a promessa pôs-se em contacto com a sociedade, a ordem jurídica, a totalidade dos sujeitos; é ato público de destituição, como-a posse

é ato público de imissão, e a lei, a ordem jurídica, estatui, no art. 1.507, a inoponibilidade de tais exceções ou contestações ao possuidor de boa fé.

(b) Passemos à derrelicção pelo portador. Concerne a título já ocupado, posse anterior já integrada na vida circulatória do papel. Se fosse nominativo, ou à ordem, seria inconcebível, no primeiro caso, a posse com o efeito especial <direito creditório), pela natureza mesma do titulo, e, no segundo, fora mister o endosso em branco. O ocupante, em todos os casos, adquiriria a propriedade da cártula: não, porém, a direito cartular.

Quanto aos títulos inominados, o ocupante, com a posse, tem o direito incorporado no título e tem a cártula. Tem aquele porque tem a posse do título.

Se o título é endossado em branco, é-lhe possível cobrar a dívida, mesmo a inserta em letra de câmbio, sem completar o endosso (Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 8.0 e art. 39: “O possuidor é considerado legítimo proprietário

da letra ao portador e da letra endossada em branco”). Se endossado em preto , não se dá o mesmo: o último endossatário é considerado legítimo proprietário da letra endossada em preto , se o primeiro endosso está assinado pelo tomador e cada um dos outros pelo endossatário do endosso imediatamente anterior. No caso de se seguir ao endosso em branco outro endosso , presume-se haver o endossante desse adquiri do, por aquele, a propriedade da letra de câmbio (Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 39, alíneas 2a e 3.~). Ao tenedor permite a lei praticar as diligências necessárias a garantia do

crédito, reclamar o „aceite, tirar os protestos, exigir, ao tempo do vencimento, o depósito da soma cambial (Lei n. 2.044, de 1908, art. 41). Mas o ocupante como proprietário , que é; *ex hypothesi* pode *demonstrar* a propriedade, com aduzir título válido de aquisição, como é a ocupação de coisa derrelicta, e quem derrelinqúiu a letra de câmbio ao portador não só se desfez do direito ao papel como de todo o título. Para isso a legitimação constante da sentença substitui a legitimação forma. (Cf. Lei n. 2.044, de 1908, art. 39, § 2.‟:

“O possuidor, legitimado de acordo com este artigo, somente...” Vê-se, pois, que admite outras legitimações.) O sucessor, singular, ou universal, do proprietário da letra de câmbio adquire os mesmos direitos desse, segundo as normas de direito civil ou comercial que em cada espécie couberem. Quanto ao título ao portador, nenhuma dúvida se nos antolha: quem ocupa o título derrelicto, tem posse capaz de resistir às reivindicações. às vindicações de posse, às ações possessórias e

ação publicana. A posse dele tem todos os caracteres legais e produz propriedade.

Tudo que antes se disse vem em pleno apoio ao que sustentamos sobre a onipresença da sociedade nos fatos de direito real e de posse. Não nos é difícil, após as conclusões necessárias. que se tiram, aceitar, como aquisição positiva, a interferência social, nos fatos de declaração unilateral de vontade, que só unilaterais se mostram em virtude tia diferença concernente à fonte, ao negócio jurídico.

4.ALGUNS PROBLEMAS CONCERNENTES À OCUPAÇÃO. A ocupação sempre constituiu alimento às indagações científicas, e, ainda em 1903, frisou F. AFFOLTER *(Das Intertemporale Recht,* II, 150) existirem relações jurídicas reais objetivas, quer nas *«s extra nostrum patrinionium* e citou as coisas de uso comum *(im Gemeingebi-ouche),* onde ele quis apagar, sem no conseguir, a função do sujeito, e as coisas sem dono

<herrentose Sachen), isto é, as coisas corpóreas suscetíveis de propriedade, mas, atualmente, sem que pertençam a ninguém, quer, finalmente, como espécime singular e digno de meditação, nos títulos ao portador, em que se observa, assim quando possuído como quando sem dono, não somente relação jurídica objetiva de propriedade, como também relação jurídica objetiva de *crédito.* Daí a aquisição pela *occupatio* e pelo tesouro, como teremos de ver.~

Aproveitemos o ensejo para frisar, mais uma vez, que a objetividade,

aí, se prende a *ignorância* pôr parte de qualquer um de nós, porque não podemos saber quem é, ou quem vai ser, no momento, o titular do direito sobre o titulo ao portador (quem o possui), ou quem é ou quem vai ser o dono do bem sujeito somente a direito real.

§ 3.749. Invenção ou achada

1. COISAS PERDIDAS E INVENÇÃO. Coisas perdidas são as que escapam à posse direta de alguém, por acaso e sem nenhuma intenção do possuidor. A invenção dá posse imediata imprópria, não dá propriedade, nem posse.

A pessoa, que acha título ao portador, deve restitui-lo ao dono ou legítimo possuidor. Se não o conhece, fará o inventor por descobri-lo e, quando se lhe não depare, entregará o título achado à autoridade competente no lugar (Código Civil, art. 606). A obrigação de entregar preexiste à ciência; começa a efetividade dela do momento em que se veio a saber da procedência.

Se o achador restitui a coisa achada, e, na espécie, que nos interessa, o título ao portador, tem direito a recompensa e a indenização pelas despesas que haja feito com a conservação e transporte da coisa, se o dono não prefere abandoná-la (Código Civil, art. 604). Temos, além do pagamento das despesas, o *achádigo.* O dono ou legítimo possuidor tem por sua vez o direito de abandono de que se pode prevalecer em qualquer tempo antes do recebimento do título. O abandono vale tradição ao achador, porque esse abandono é *mais* do que derrelicção.

A lei permite a vindicação do domínio e a da posse: o acaso ou fato ilícito de outrem não há de desinvestir o proprietário ou o possuidor da situação real ou possessória.

O objeto ou título, de que assim se perde a posse imediata, não fica, durante o desamparo, sem dono, como se daria com os pássaros engaiolados ou os animais de jaula, que reconquistassem a liberdade (Código Civil, art.

593, 1), ou os mansos e domesticados, sem assinalamento, se não estiverem os donos à procura (arts. 593, II, e 596). O abandono do direito de procurar pode ser tão amplo, que importe a perda do próprio direito de posse. As circunstâncias farão a figura da *derelictio* e a coisa ou título perdido pode passar a derrelicto, se a intenção do dono fôr essa, no momento ou depois de conhecer o desaparecimento. Tanto pode a pessoa romper ou jogar fora título ou atirar ao mar objeto, c.mio renunciar aos meios de o recuperar. Óbvio é, porém, que

tal abandono não se presume; incumbe a prova a quem o alega, em defesa contra o vindicante.

2.INVENÇÃO E DEVER DO INVENTOR. Se alguém encontra na rua um conhecimento de mercadorias ao portador e vai buscá-las, pois a armazenagem é cara e o conteúdo dos caixões suscetível de estrago, pode fazê-lo e ordinariamente o faz, com a melhor das intenções, dando publicidade ao fato Depois de os ter em casa, sabe quem é o dono, leva-os e pede, conforme a lei, achádigo e reembolso das despesas. O legitime possuidor ou dono pode ressarci-las ou abandonar as mercadorias. Se o achador, que procedeu com dolo, causa prejuízos ao proprietário ou possuidor legitimo, responde por eles (Código Civil, art. 605).

Se, decorrido o prazo legal (Código de Processo Civil, arts. 592 e 593, § 2.0) do aviso à autoridade, ninguém se apresenta, que mostre domínio sobre a coisa, ou posse legítima, vende-se em hasta pública, e, deduzidas do preço as despesas e a recompensa do achador, pertence o remanescente SO Estado, onde foi encontrado o objeto (Código Civil. art. 6(16: -O proprietário ou legítimo possuidor não fica, então, sem direito algum: quanto à vindicação da posse, persiste o direito dele ; apenas tem de pagar ao possuidor o preço por que *o* comprou (Código Civil, art. 521, parágrafo único) -

§ 3.750. Tesouro de cártulas

1.TESOURO, MODO DE AQUISIÇÃO. Eis-nos ante a espécie, que é o *tesouro.* O depósito de moedas antigas ou coisas preciosas, enterrado, ou por outro modo oculto, de cujo dono não haja memória, se alguém casualmente (ou investigando > o achar em prédio alheio, dividir-se-á por igual entre o proprietário desse e o inventor (Código Civil, art. 607). Se o que acha é o senhor do prédio, algum operário seu, mandado civil pesquisa, ou terceiro não autorizado pelo dono do prédio, a esse pertence, por inteiro, o tesouro (art. 608).

;Aqui, comO nas passagens referentes a títulos derrelictos; e originaria a aquisição? ,¡A cártula entra no patrimônio do descobridor, independentemente do fato, ou do direito, de qualquer outra pessoa? Pressupõe-se, na ocupação, que o titulo tenha pertencido a outrem, - pelas razões que antes aduzimos; mas é justamente o fato de não mais pertencer que permite a aquisição pelo simples fato do descobrimento. A lei civil brasileira. quanto ao tesouro, seguiu, ai, a melhor doutrina: em vez de o considerar invenção pura, ou ocupação, conforme o tempo (DIAS FERREIRA. *Código Civil português anotado,* 1, 411 sã, ou de o assimilar à ocupação, para o que teria de exigir a "apreensão" da coisa, o Código Civil deu ao proprietário.O tesouro, pela acessão, considerada a metade do descobridor casual como recompensa: se ele se apropria do tesouro por inteiro, comete apropriação indébita, conseqüência de grande valor criminal, porque, na teoria da ocupação, só existiria uma obrigação para com o proprietário (II. DEENRURO, *Pundektún,* 1, 482) -

O descobridor não adquire a quota por *ocupação,* mas *de direito.* Ê a lei que lha dá. Isso não quer dizer que não precise tomar posse. Precisa. Mas o sistema jurídico brasileiro abstrai do *animus* e do *corpuss* (Tomo XV, §§

1.688-1.693) – Ele a ganha, frisa 11. DERNEURO, porque reentregou o tesouro à sociedade humana, àquela totalidade de sujeitos, em cuja proteção não só se conferem direitos, da índole desses, como se faz vinculativa a promessa ao público, a subscrição do título ao portador 6 outros atos jurídicos unilaterais, lícitos ou ilícitos.

Se o direito brasileiro adotasse a *teoria da. ocupação,* em vez da que lhe vem do antigo direito romano, como se tem em PLAUTUS (1, 2, v. 140 s.) remodelado por uma Constituição de ADRIANO (§ 36, 1., *de rerum divisane,* 2, 1; L. 1, ~ 3, C., *de thesaurLs,* 10, 15), enormes

seriam as dificuldades quanto a aquisição do direito cartular. Mas as boas teorias têm por melhor motivo de preferência o facilitarem as soluções: as estradas largas levam sempre a bom termo . No momento de descobrir, não *ocupa* o descobridor bens adéspotas ou derrelictos: encontra um bem, ou uma porção de bens, que pertence a outrem, por acessão; o fato de descobrir da-lhe o direito à metade. Não se lhe exige a apreensão; o direito dele advém do simples fato de descobrir. Se o achador o guarda ou o retira do lugar, fica na posição de gestor de negócios, em relação ao dono do prédio.

Quando o deixar no sítio onde o achou, quer o tenha desencavado, quer não, é o dono que lhe fica a dever, desde o descobrimento, a metade, que por lei se Lhe atribui- Pode ocorrer também que, entre o fato de deparar o tesouro e a nova ida, a fim de tomar conta das coisas e, no nosso exemplo, títulos, outrem, que não o senhor do prédio, deles se aposse j,Qual a situação criada pelo incidente? Conforme a teoria ocupação, nenhum seria o direito de quem descobrisse, porque não apreendeu o achado; outra é a solução da lei brasileira: já lhe pertence a metade; o novo possuidor, de boa ou de má fé, tem de restituir-lha, como, ao senhor <lo prédio, a outra parte. Forma-se, porém, a dissidência no apreciar o fundamento da constituição do direito <lo descobridor.

2.DiscussÃo no PRESSUPOSI"o DA POSSE. Alguns juristas, entre eles CLóvis BEVILÁQUA *(Código Civil comentado,* III, 138), acham que se dispensa, aí, a *tomada de posse, e* nisso diferira do Código Civil alemão, §

984, o Código Civil brasileiro.

Discordamos: primeiro, porque a palavra posse, no § *984,* está sujeita a interpretação, conforme resulta do próprio Código; segundo, porque a transparência da lei brasileira não exclui a posse: trata-se de lei nova, onde as boas idéias pegaram de galho e por isso trazem consigo, sem o verem, às vezes, os transplantadores, não só os maus germes, que nas folhas se escondem, como os próprios requintes de seleção, que já se inocularam em sua seiva. As regras jurídicas sobre o início

e o declínio da posse desenvolvem-se das circunstâncias sociais que a cercam. Frutos do ambiente, trazem dele o melhor do seu ser. Nada há, na posse, que não seja fato de adaptação social: e de todos os fatos que interessam ao direito, nenhum, como a situação possessória, toca, tão fundo, a medula do organismo social. Conhecer a natureza da posse equivale a saber, com exatidão, quase toda a sociologia jurídica.

Cumpre, portanto, não a desnaturar da sua substância superorgánica , dos seus altos designios, da sua acrisolada função prístina e coeterna à vida social. Fixar máximas para a aquisição da posse orça em imporem-se princípios racionais ao envolver dos fatos sociais, à formação natural das coisas humanas. Só a meia-ciência antiga, as teorias de falso objetivismo, o direito desvirtuado da própria missão, poderia elevar à categoria de regras, taxativas e inexcetuáveis no tempo, as normas referentes à aquisição e à perda de posse.

"Não existem, para nós, princípios absolutos quanto à *acquisitio* ou à *amnitssío possessionis,* esses fatos se realizam muito diferentemente, conforme o grau de cultura (PAUL SOKOLOWSICI, *fie Philosophie im Privatrecht,* II, 298). Assim pois, o que descobre, pelo fato mesmo de achar, que é bem mais do que encontrar, toma posse do tesouro, em todas as suas partes, ainda que não conte os títulos encaixotados ou os examine de per si: "a ciência concreta, por parte do possuidor, de cada uma das partes, é sem importância (PAUL

SoKoLOWSKI, *fie Philosophie im Privatrech.t,* II, 800). Se descobriu e não prestou atenção à descoberta, o tesouro não tornou à sociedade humana: não lhe cabe, ao descobrir, a recompensa.

O que o Código Civil não exige é a apreensão, o *corpus.*

Sim: com isso não se diga que ele prescinde da posse, no sentido técnico, amplíssimo, coessencial a uma lei, que proscreveu o *animas* e o *corpus* da teoria de E. VON SAVIGNY. O meio que tem o descobridor para reaver as coisas ou títulos, que compunham o tesouro, é a proteção possessória. Como se não procedeu ainda à divisão, nem, sequer, à contagem, permite-se-lhe reivindicá-lo, inteiro, de qualquer possuidor ou tenedor (Código Civil, art. 623, II, e art. 634), salvo o outro condômino (Código Civil, art. 488).

Na lide possessória, o terceiro pode dizer-se inventor e a questão ter-se-á de resolver em *questão de posse.* Se o descobridor o abandonou no momento mesmo de descobrir, nenhum direito tem à recompensa, mas, por isso que as modernas idéias sobre posse excluem o elemento *animus,* qual o concebia F.VON SAvIGNY, a escavação, o destampar, o remover, o esconder ainda mais, para vir buscar, tudo isso compõe o *aquisitio possessionis.* O juiz deve ter em conta que não se derrelinque fàcilmente um tesouro e que o fato de, ciente ó .descobridor, acudir com a ação, mostra bem que contava ir retirar os títulos encontrados. No começo do século, A. ÁFFOLTER (Das Willensmoment beim Besitzerwerbe, *Arch.iv fui- Ritrge.rlicites Recht,* 17, 1 s.) chegou a dizer

que o momento da- vontade está sempre presente: em caso de ciência posterior, a vontade posterior tem força retroativa. São raros, porém, os casos de aplicação do princípio.

Se o descobridor teve medo de retirar o tesouro, *e. g.,* se não se sentia com forças para manter a posse, ainda que, durante algum tempo, tenha deixado no esconderijo o tesouro, não perdeu com isso a posse: a atitude posterior dele evidencia que contava com o direito que a lei lhe conferiu.

Se quem se apossou foi o dono do prédio, menores são as dificuldades: a quem se diz descobridor incumbe alegar e provar a autoria da descoberta, porque se não há de presumir de outrem o que está no prédio de alguém-Salvo, está claro. se, ao tomar posse dos objetos e títulos, o proprietário do terreno ou casa esbulhou o descobridor. Em tal hipótese têm inteira aplicação os arta. 502-508 do Código Civil.

Conclusões: o título proveniente de tesouro pertence, em metade, ao proprietário do prédio, *por acessão,* e, em outra metade, ao descobridor, *de direito* (H. DERNBURG, *Pandekten,* 1, 482). Trata-se de recompensa social, e não de aquisição por ocupação.

li.ISERNBURG, à guisa de EX li. VON CZYIILARZ, negava ao possuidor de boa fé e ao enfiteuta a metade que por lei se dá ao proprietário; porém, outra é a solução do direito brasileiro quanto ao enfiteuta (art. 609)- O

possuidor do prédio pode receber a metade, pois que o lhe tirar a parte importaria esbulhá-lo 3. PRÉDIO PÚBLICO. Se o prédio é público, aplicam-se (PLEnO BONFANTE, *Istituziôfli di Diritto romaro,* 4.~ ed., 230) as mesmas regras: a razão disso, hoje, como no direito romano, está em que, embora imprescriptíveis as ações tocantes à propriedade pública, não se trata de perda de móvel acesso, pois só se dá a acessão no momento de se descobrir e somente da parte que a lei confere ao fundo (ALER. SCHWEPPE, *Das ramiscite Pr-ivatrecht,* II, 71).

4.TESOURO ENCONTRADO EM MÓVEIS. Sobre poder ser encontrado o tesouro, não em furnas, muros, paredes, soalhos. tectos, ou subterrâneos, mas em móveis, as opiniões divergem. A maioria, porém, opta pela possibilidade (B. WINDSCHEID, *Lehrbuoh des Pandektúnrechts,* 1, § 184, nota 11; 11. DERNBUIIO, *Pandckten,* 1, 482). E o próprio Swvío EERozzI, tão inimigo do instituto que escreveu um livro contra ele, seguia a opinião dominante *(istituzioni di Diritto romano,* 1, 4.38) -Cf. C. FERRINI *(Manuale di Pandette,* 386).

Contra, cita-se, de ordinário, E. BÕCKING.

Nos textos romanos só se encontra *locus, fundas,* e nenhuma passagem que se refira a móveis, mas os pandectistas viram em tal proceder o *quod plerwwtque* fit e admitiram o tesouro em móvel, bem oculto por alguém *cuins non exstat memnoria*

O Código Civil, no art. 607, fala, por igual, em *prédio.* palavra que repete no art. 608 e se transmuda em *terreno,* no art. 609. Daí querer-se que a lei afaste o achamento de tesouro em coisa móvel, por inconciliável com a idéia de vetustez, essencial ao conceito, O Código Civil alemão, § 948, não se presta a distinções: usa da expressão geral "proprietário" (Eigentiimer). Quanto ao Código Civil brasileiro, a primeira interpretação viu em seus dizeres a negação da qualidade de tesouro ao depósito, que se encontre num móvel, "porque o móvel não oferece condições para a vetustidade do tesouro" (CLÓVIS BEVILÂQUA, *Código Civil comentado,* III, 138:

"Pela transmissão da propriedade móvel se poderá conhecer a quem pertençam as coisas preciosas nele encontradas. E, ainda quando faltem provas, a ocultação será sempre de data relativamente recente. Em doutrina, porém, não repugna que o tesouro se oculte em coisa móvel").

Outro é o nosso parecer. A questão não foi, a nosso ver, posta nos devidos termos: os que afirmam, a súbitas, a possibilidade, e os que prestes a negam, não atenderam à realidade da vida. É preciso não desviar o direito quanto às coisas contingentes, a que se aplica. No vôo das construções subjetivas, é sempre preciso tocar-se a terra, a cada instante.

Os móveis ocupam sempre *espaço* que está subordinado à esfera jurídica de um imóvel: a concha, que o mar sacode à praia, a estatueta velha, que se envolveu de argila, a tabuinha de bronze que, no Oriente, o explorador cientista descobre. o instrumento indígena, que se depara nas zonas centrais de território brasileiro, o cofre velho que ao viajante surpreende. cheio de títulos ao portador da divida pública de 1879, todos esses objetos estavam contidos na espacialidade jurídica de algum terreno, de alguma casa. Se assim não fora, estaria eliminada a noção que temos da amplitude e essencial debimitação dos imóveis. A forma deles é relativa, prende-se em limites, mas por isso mesmo o *iodo,* que é imóvel, *ocupa,* necessariamente , *todo* o território da nação, *toda* a própria terra. Não é preciso que o tesouro esteja enterrado, encravado, embutido, a fim de que o achador o desencrave ou desenterre. Basta ao conceito do instituto, que estivesse

oculto. O Código Civil não diz *enterrado ou oculto no prédio,* o que importaria destruir, de vez, a hipótese de riquezas escondidas ou fechadas em móveis.

A lei é menos ortodoxa: fala de depósito enterrado ou oculto, "se alguém,- casualmente, o achar em prédio alheio", o que não se poderia substituir por "enterrado ou oculto em prédio alheio". A idéia ficou completa, integrada, com o encravo ou o escondimento. Depois se interpôs outra, que é apenas condicional: achar-se em prédio alheio. A lei não cogitou da determinação tópica do depósito, e sim dle prescrever a quem aproveitaria a acessão .

Se o depósito estava em lugar devoluto, metade cabe ao Estado, a que pertencem as terras, conforme os limites constitucionais; se nas construções militares, leitos de estradas de ferro e lugares semelhantes, à União.

Se o bem móvel pertence a pessoa que não é dona do prédio e não há memória de quem guardou o titulo ao portador ou outro objeto, não há a ligação ao dono do prédio. O tesouro não foi achado em lugar que lhe pertencesse.

Ao contrário do Código Civil português (art. 423), que prescreve trinta anos, no mínimo, ao tesouro, o nosso não fixa época à vetustez. A abstenção merece encômios. À noção de vetustidade não inere a contagem do tempo, mas o ser ou não na *memória* dos habitantes a procedência do achado: O depósito desenterrado no quintal de um prédio, que passou vinte anos entre inquilinos, dos quais, provavelmente. poucos sobrevivem, não se pode considerar invento de coisa perdida (art. 603), e muito menos acessão ao imóvel, anterior ao descobrimento. O

descobridor restituiu à sociedade humana o depósito, que mãos avaras, talvez espíritos desequilibrados, ou almas atribuladas pelos receios de guerra interestatal ou civil. ou de invasão, ou de calamidade pública, subtrairam ao comércio, à fortuna comum. O que se fazia imprescindível ao conceito científico e tradicional do instituto era a imemorialidade do dono, e não a vetustez nominal, elidír às vezes , por mais remota a origem, mercê de caracteres inconfundíveis .

O próprio Código Civil português, art. 423, embora não considere tesouro o achado de menos de trinta anos, só o faz provisoriamente , a fim de se tomarem certas providências, como os editais, e se destruir, ou não, a presunção de não ser adéspota. No prazo de dois anos aguardam-se os interessados; depois, se o dono não aparece, procede-

se como de direito.

Se alguém se apropriasse de coisas escondidas por medo , ou com o simples intuito de guardar, e alguém as encontrasse, não teria descoberto o tesouro e cometeria *furtum* (L. 31, § 1, D., *de adquirendo reruín dojuinio,* 41, 1) ; mas aí, provado o *medo* ou a *custódia,* ter-se-ia indicado o *dono.* A investigação da intenção do entesourador não seria possível sem se saber quem entesourou; de modo que a causa, pela definição mesma do instituto, não se pode analisar. A palavra *vetas* do texto romano *(L.* 31, ~ 1, D., *de adquirendo remo> dominio,* 41, 1) indica velhice relativa, e não absoluta; não é velho, porque provenha de antigas eras, *antiqulssirnvs,* mas porque o é na lembrança dos homens, por não se haver memória do seu dono: *cuiunau exstat inemorial;* o não se saber de quem é, vale não ter dono, *ut iam dominum nou Iwbeat.* Por isso louvávelmente não cogitou de prazos o legislador brasileiro, e apenas ressalvou, como devera, o aparecimento de quem se mostre dono <Código Civil, art. 610). O sistema, que se seguiu, é preferível ao português.

5.SE O TESOURO DE TÍTULOS É POSSÍVEL . - A afirmativa de ser possível o tesouro de títulos ao portador não precisa de explicações por menor. As ações pessoais prescrevem em vinte anos, ou em cinco contra a União, Estado-membro ou Município, e o tempo só se conta do dia da exigibilidade. Para exemplo concreto, tomemos as apólices do Distrito Federal do empréstimo de 1906, que se venceu em 1956, isto é, cinquenta anos depois. Se alguém houvesse encontrado, este ano, depósito, que continha títulos, de que se separou apenas o primeiro cupão de juros (primeiro semestre de 1906), tudo leva a crer-se que quarenta e nove anos tem o tesouro, e nada obstaria a que apenas datasse de 1910, 1918 ou 1920, ou excedesse de cinqUenta anos em antiguidade, pois o achado poderia ocorrer anos depois de 1956: os títulos, enquanto não prescritos, passarão ao descobridor, e, com eles, o direito cartular. Lê-se em F. AFFOLTER *(Das Intertemporale Reeht,* II, 150), que, por ser adepto, das relações reais objetivas, insuspeito é, a notação nos títulos ao portador, não só da relação objetiva de propriedade *(em objektives Eigentumsverlúiltnis)* como também de relação jurídica objetiva obrigacional *(em objelctives obligatorisehes Rech-tsverhiiitnis).* Depois referiu, em termos concisos, a hipótese de encontro, após longo tempo, equiparada a muitas outras, por demais expressivas, da marca de fábrica, da etiqueta e das velhas melodias, que o povo abandona e delas se esquece, mas sejam, passados muitos anos ou séculos, revendidas por alguém.

6.ENCONTRO DOS TÍTULOS AO PORTADOR PELO DONO DO PRÉDIO OU MÓVEL. Até aqui temos imaginado o encontro por outrem -que não o dono e, casualmente, *non data opera.* Se o que achar fôr o senhor do prédio, algum operário seu, mandado em pesquisa, ou terceiro não autorizado pelo dono do prédio, a esse pertence por inteiro o tesouro (art. 608) -Aí, não autorizado quer dizer: o que por arbítrio seu, *data opera,* encontrou tesouro em prédio alheio. É assim, e não diversamente, que se há de entender (sem que nos esqueça o Código Civil, art. 607 > a regra jurídica do ad. 608.

§ 3.751. Especificação

1. PROPRIEDADE E ESPECIFICAÇÃO. A especificação é mais outro dos modos de se adquirir a propriedade dos móveis. Nela supõe -se ato de posse. ~ Pode considerar-se um dos casos de aquisição do direito cartular? Os jurisconsultos romanos não eram acordes na solução das questões relativas à *species nova.* Enquanto os Proculeianos atribuíam a espécie nova a quem a criou, os Sabinianos conservavam-na ao *dominus ma teriae,* sem interrupção na propriedade.

O direito clássico e o de Justiniano decidiram a famosa controvérsia por meio de solução intermédia e transacional:dá-se a *species nova* ao *dominus matcriae,* ou ao especificador, conforme ela possa, ou não, voltar à forma anterior.

2. PROCULETANOS E SABINIANOS. A teoria Proculeiana foi tida pelos romanistas modernos por inovação, considerável progresso, passo além sobre a teoria defendida pelos Sabimanos; porque, dizem os tratadistas, nomeadamente K. li. VON CzyI{LARz <*Die Eigentumserwerbstirtefl,* Parte 1, 313) e, após.

t. KUHLENBECIC *(Von den Pandekten vim bilrgerlichen Gesetzbuch-,* II, 537). Para ele, a concepção dos Proculeianos marcou progresso na história da cultura, porque atendeu ao trabalho individual, inspirou-se de razões de ordem econômica: consagrou o direito ao produto do trabalho, ou, pelo menos, constituiu o reconhecimento do valor econômico do trabalho como fator de produção, pois que proclamou *hune dominurn-esse qui fecerit* (L. 7, § 7, D., *de adquirendô rerwna dominio,* 41, 1 >. Mas esse *fecerit* em nada se referia à matéria, e sim à pessoa do especificante: nibo se tinha em conta a obra, mas o ato. Notando isso, PAUL

SOKOLOWSKI, em 1902, mostrou quanto eram superficiais os nossos

conhecimentos da evolução e das fontes das teorias romanas da especificação:

os Proculeianos não foram movidos por qualquer doutrina econômica do direito ao produto do trabalho; não só porque nenhuma alusão fazem a isso, como porque, se quisessem assentar tal doutrina, teriam feito *outra* teoria da especificação. A que se encontra destoa, a cada momento, do pretendido fundamento. As vacilações, os recuos aparentes, tudo se esclarece quando se tem em conta a oposição filosófica entre a escola proculeiana e a sabiniana: a primeira, peripatética; a segunda, estóica. A última, e não a primeira, representa avanço histórico; e o progresso mental nota-se ainda na teoria intermédia e transacional, em que se sente a influência das idéias estóicas ulteriormente aclaradas- Toda a *teoria da especificação* está na *nova species,* isto é, na idéia que se faz da formação ou criação de uma coisa. Nos sistemas metafísicos, dois fatôres principais contribuem para a criação da coisa: a matéria e a forma. Para ARISTÓTELES e os peripatéticos, dos dois fatôres o que prepondera é a forma e fator primário e essencial. O que é amorfo, não tem realidade positiva (PAUL SOICOLOWSKI, *Die Phitosophie im Privatrecht,* 1,74; F.A. TRENDELENEURG, *Geschieh-te der Kategortenlehre,* 110 s.). A matéria. é a categoria incorpórea e abstrata, que não existe senão quando se *enf arma.* Matéria é possibilidade; a forma, atualidade, realização. É a forma que, absorvendo em si a matéria, cria a coisa. Dai a teoria dos Proculeianos, que eram peripatéticos. A forma tem a influência decisiva; se ela se e é absorvida na forma nova, nasce *nova species,* que não tem nada de comum com a anterior; *quod facturn est, anteo. nidhius fuerat* (L. 7, §

7, 13., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 7 >. SILVIO PEROZZI e C. FERRINI pensavam que se tratasse de interpolação; mas as provas são fragílimas e a edição MOMMSEN

-KRtYGER nada diz. Cf. PAUL SOKOLOWSKI *(fie Philosophie im Privatreckt,* 75, s.). A obra, o feitio, a forma, antes de existir, não pertencia a ninguém. Extinta a coisa, desaparecem com ela as relações que a tinham por objeto: o *dominus materiae* não pode mais reivindicá-la em virtude do princípio *extineta res vindicari non potest* (GAIUS, II, 79).

Pelos estóicos foi compreendida diferentemente a criação das coisas. A matéria preponderava sobre a forma: a matéria, que é por si mesma substância corpórea, *0d11a,* constitui o elemento fundamental das coisas; acessório é a forma (E. ZELLER, *fie Philosophie der Griechen in ihrer geschichtlichen Entwicldung,* II, 418 s.; CLEMENS BAEUMKER, *Das*

Problem der Materie in der griechischen Philosophie, 215 s.; ARISTÓTELES, *Metaphysica,* VI, 3>. Os Sabinianos, fiéis ao materialismo estóico, dão à matéria preponderância sobre a forma:

,nateriarn a substantiam speetandam esse putant (GAIO, II, 79). Daí ficar a forma nova com o *dominus materioe:* a substância não cessou de existir.

3. SOLUÇÃO INTERMÉDIA. A solução intermédia propendeu para o materialismo estóico.

Os legisladores modernos querem sobretudo salvaguardar os interesses do trabalho como fator de produção. A especificação faz colidirem interesses econômicos igualmente importantes: o do artista e o do proprietário da matéria, O dever do legislador é conciliá-los, ainda que difícil o equilíbrio entre o fator-trabalho e o fator-propriedade. Os códigos modernos, sem mais excogitarem circunstâncias de poder, ou não, a matéria retomar a forma primitiva, vêem como elemento decisivo o valor econômico respectivo de cada um dos dois fatôres da especificação: o que mais vale absorve o outro.

Eis a solução do Código Civil francês, arts. 570 e 571:a *species nova* pertence ao *dominva materiae,* mas, se (art.571) a mão-de-obra é tão importante que exceda, em valor.

a matéria empregada, a indústria é reputada a parte principal, e o especificante tem o direito de reter a coisa trabalhada. reembolsando o proprietário do preço da matéria.

Outra é a fórmula do Código Civil alemão, § 950: embora o Código Civil francês e o Código Civil alemão obedeçam ao mesmo critério, que é o do *valor econômico ,* o último considera mais favoravelmente o fator trabalho. Na ordinariedade dos casos, é o artista que se tem por proprietário da *spec-ies nova* e somente quando o valor do trabalho ou o da especificação *(der Wert der Verarbeitunq oder der Untbildung)* é inferior, consideravelmente , ao da matéria, o fator propriedade absorve o fator-trabalho. Na interpretação do § 950 do Código Civil alemão cumpre atender-se ao advérbio “erheblich”.

O Código Civil brasileiro, art. 611, não manteve os princípios do direito romano, salvo em sua feição transacional: o especificador é proprietário da *species nova,* se a matéria era sua, ao menos em parte, e não se puder restituir a forma anterior *(L.* 7, § 7, 13., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1;§ 25, 1., *de rerum divisione,* 2, 1); se toda a matéria for alheia,

e não se puder reduzir à forma antecedente, será do especificador de boa fé a espécie nova. Mas (§ 1), sendo praticável a redução, ou, quando impraticável, se a espécie nova se obteve de má fé, pertencerá ao dono da matéria-prima. (Pertencerá:~a espécie nova ou a matéria? O § 1.0 ficou sem sujeito, porque a espécie nova não pode pertencer ao *dominus materiae,* feita a redução. A fonte é o § 25, 1., *de rerum divisione,* 2, 1, onde se diz "si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat". O

sujeito oculto, no texto brasileiro, como a coisa possuída no texto romano, é a substância dos estóicos,. A expressão trai, ainda hoje, a procedência filosófica.) Em qualquer caso (§ 2.0), porém, se o preço da mão-de-obra exceder, consideravelmente , o valor da matéria-prima, a espécie nova será do especificador. (É o inverso do princípio alemão: o mesmo advérbio, surge, com a mesmíssima indecisão e conseqüentes controvérsias, na doutrina e na prática.> Em qualquer hipótese, salvo a do art. 612, § 1.0, concernente à especificação irredutível, obtida de má fé,aos prejudicados se ressarcirá o dano que sofrerem (art. 613) -

A concepção peripatética levou os Proculeianos a elidir a propriedade do *dominus materine,* por ser principal, metafísica e juridicamente, a forma; mas abrandaram o rigor do sistema, no caso de má fé do especificador culpado de *furtum* (GAIUS, II, 79) : *adio furti,* para a pena do furto; *condictio furtivo.,* para a restituição da posse e, eventualmtmte; uma reparação pecuniária. Porém é a PAULO, diretamente, que se deve a idéia de atender-se à fé, boa ou má, do especificador (L. 12, § 3, li, *ad exhibendum,* 10, 4>: "Si quis ex uvis meis mustum fecerit vel ex olivis oleum vel ex lana vestimenta, *cum sciret haec aliena esse,* utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est". (O que está em letra grifa é interpolação.) Assim, em caso de má fé do especificador, cabe ao *doininus materiae* a propriedade e tem ele a *acuo* exibitória do produto do trabalho, porque lhe pertence, como derivado de coisa sua (H. DERNBURO, *Pandekten, 476;* A.

BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten,* 577).

O sistema brasileiro é, pois, complexo, inapto a se subordinar a um só princípio. Melhor fora que se adotasse outra solução: o *dominus materiae* teria a alternativa, ficar com a coisa, indenizando, ou deixá-la com o especificador, mediante o reembôlso. Sobre simples, justa.

Certo, sem a iniciação geral, não poderíamos resolver questões

transcendentes de especificação em caso de titulo ao portador. A espécie nova pode surgir com a própria feitura do título, *e. g,* se subscrevo título ao portador, servindo-me de papel alheio, ou se mando gravar entradas de teatro em metal que pertence a outrem.

Certo, não é sem interesse a espécie. Os princípios aplicáveis são os mesmos que havemos de invocar nos demais casos, posteriores à subscrição.

O Código Civil, no art. 62, frisou a principalidade da pintura, da escultura, da escrita e de outro qualquer trabalho gráfico, em relação à matéria que os recebe. A especificação obtida por algum desses processos atribui a propriedade ao especificador, mas não o exime da indenização (art. 614). É de perguntar-se: ~ confere ou atribui *sempre,* ou de acordo com os arts. 611-614? O Projeto Primitivo, art. 728, era explícito:

"sempre". Só posteriormente, em redação final (1902), desapareceu o advérbio, que implícito ficou, todavia, no sentido da regra jurídica. Temos, pois, a solução peripatética. O estóico PAULO declarava ser meu tudo que se pintou em minha tela (L. 23, § 3, 13., *de rei vindicatione,* 6, 1: "Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit:lícet de pictura quidam contra senserint. propter pretium picturae: sed necesse est ei rei cedi, quod sine ilIa esse non potest"). Alguns jurisconsultos divergiram. Eram os peripatéticos e a opinião deles prevaleceu no direito justinianeu. A forma, para eles , era tudo, no conceito da coisa; daí a conseqüência *tabuta pieturae cedit.* O estóico PAULO, coerente, fêz predominar a substância, porque, para o estoicismo, a forma provoca apenas modificação *qualitativa* das coisas. Sobretudo, é de notar-se a equivalência lógica entre as conseqüências jurídicas e a concepção de cada um dos grupos quanto à função da arte: atribuíam os peripatéticos à arte altos desígnios sociais, funções civilizadora e moralizante; pregavam o contrário os estóicos. Cf. SÉNECA, *Epist.* 88, L. XIII, Cp. 8: „½.. non enim adducor, ut in numerum liberalium artium pictores recipiam, non magis quam statuarios aut marmorarios aut ceteros luxuriae ministros. Aeque luctatores

~t totum oleo ac luto constantem scientiam expelio ex his studiis liberalibus: aut et unguentarios recipiam et coquos et ceteros voluptatibus nostris ingenia adcommodantes sua... Sed nec haec nec ilia edocent aluntve virtutem... nam et hae *viRes ex professo artes, quite mnnu constant,* ad instrumenta vitae plurium conferunt, tamen ad virtutem non pertinent". SÉNECA recusava ã pintura e à escultura a qualidade de *liberalia studia* e TIL-PIANO, estóico, qualificou de

immoderata luxuria, os frescos e as pinturas murais (L. 40, pr., D~, *de dainno injecto et suggrundis et projectionibus,* 89, 2: “Ex damni infecti stipulatione non oportet infinitam vel immoderatam aestimationem fieri, ut puta ob tectoria et ob picturas: licet enim in haec magna erogatio facta est, attamen ex damni infecti stipulatione moderatam aestimationem faciendam, quia honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda”.)

Não se deve considerar a solução de Justiniano, *na* controvérsia, como conseqüência da teoria filosófica de ÃFISTÔFELES:05 colaboradores do imperador limitavamse a invocar em apoio das decisões argumentos de *utilidade,* de *ordem econonuca* e *estetwa.* Seria ridículo que uma obra de Apeles ou de Parrásio seguisse, acessa, a tábua vil: “ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere” (§ 34, 1., *de rerum. divisione*~ 2, 1).

Na solução brasileira, prepondera o elemento estético. formal, à maneira peripatétíca, mas os fundamentos da lei são os da época imperial.

Vimos, portanto, em todas as fases, o que se adquire com a especificação a espécie nova, em si, porque antes não existia e, pois, não tinha dono (peripatéticos espécie nova, acessa à antiga (estóicos ; uma ou outra, conforme o critério adotado (direito justinianeu e tempos modernos). A questão ficou limitada à forma e à substância; e ainda que se embotassem as razões metafísicas, as raias, que elas traçaram, persistem indeléveis Não se cogitou de outras aquisições, O pintor que transforma título de crédito ao portador em quadro notável, ou medíocre, adquire, com a forma, a substância, mas não adquire, com ambas, o pleno poder inerente à função específica do título ao portador, salvo, está visto, se o tem por outro meio. A só especificação não lhe dá o direito cartular. Pode receber, se o apresentar, e a figura não tiver encoberto as notas indívíduantes da apólice, da ação ao portador, do bilhete de loteria ou de outra cártula. Ai, não é a especificação que lhe confere o poder: é a *posse do titulo ao portado,-*.

4. PROBLEMAS DE MAIOR INTERESSE Se alguém reduz ficha de metal a ponto de poder lavrá-la, a *species nova,* é sua, não, porém, o direito de a apresentar ao porteiro do teatro e assistir á peça. A especificação não lhe dá mais que o direito à substância com a *forma ulterior* à extinta; não lhe pode conferir direito, que dependia da posse da forma antiga.

Tenhamos, pois, grande recato na apreciação do que poderíamos

denominar, com acerto , reminiscência metafísica, porque, em verdade, o estoicismo e a filosofia aristotélica como que se fundiram nas idéias modernas sobre o instituto. Se o estoicismo tomou a palma em alguns pontos, a escola peripatética tem ganho de causa em questões relativas a direitos oriundos de títulos ao portador, que são formas. Tanto assim que se não pode exercer o direito de crédito, que inclui o de apresentação, sem se produzir a cártula, a ficha, o bilhete.

O direito cartular deriva da *posse* do titulo, tal como é. enquanto não se lhe apagam os sinais característicos.

Nada obsta a que outrem vindique a posse e, se encontra especificado o papel, recorra à substituição apontada no art. 1.509 do Código Civil: a emissão de outros títulos ao portador em que se possa exercer o direito à apresentação.

O direito que se declara no título pode pertencer a outrem que não o especificador: se aquele propõe a ação de vindicação de posse, por exemplo, e o pintor opõe o disposto no Código Civil, art. 614, há colisão de direitos : de um lado, o direito à posse, que tem aquele; do outro, o direito de propriedade adquirido pelo especificante.

Raro se encontram direitos que colidam, na verdadeira significação técnica de *colisão de direitos,* mas a espécie, que aqui se nos depara, preenche, integralmente, os requisitos. Aí, os direitos não concorrem *(concorrência de direitos>,* não obsta um a que outro nasça; nem há aqui entre os direitos coexistentes possibilidade de ceder, justamente, um ao outro. Escreveu H. DERNBURG *(Pandekten,* 1, 90): "A colisão de direitos pressupõe que muitos direitos sejam fundados, que colidem fàcticamente (tatsãchlich>. Não há, assim, colisão de direitos, se um direito impede, por sua existência, o nascimento de um outro. Não se tem, ainda, verdadeira colisão de direito, quando, questionado um direito, se tenha dúvida quanto a quem toque. Enfim, concorrência, e não colisão, existe, quando subsister muitos direitos um ao do outro, que tenham por fim o mesmo resultado".

A colisão não se resolveria, com justiça, se o direito cartular pertencesse ao proprietário e a lei negasse a substituição dos títulos destruídos , a que se deve equiparar a ocorrência, em relação ao titular do direito (possuidor anterior ao especificador), se impossível reconhecer-se o bilhete, ou dos títulos deteriorados, se possível. Mas outro é o sistema adequado ao sistema: o ad. 1.509 permite a substituição dos títulos perdidos ou furtados e, *a, fortiori,* a dos títulos destruídos ou deteriorados. Solvem-se, assim, os problemas da colisão de direitos: o dono do titulo ao portador perde a propriedade do papel

ou de outro material e, em conseqüência , o direito à posse da matéria, mas conserva o direito ao que se declara no título, e quem é titular de tal direito tem-no por igual ao papel. “Wer das Recht aus dem Papier hat, der hat auch das Recht .auf das Papier”.

A lei acode aos titulares dos dois direitos colidentes: b especificante fica com o produto do trabalho e a substância; o outro, que tem direito à posse da forma extinta, pode pedir a feitura de nôvo exemplar ou duplicata.

Já mostramos, anteriormente, que a hipótese da especificação foi um dos argumentos levantados para fundamentar-se exceção à *teoria da propriedade (e.* g., E. JAcom, *Das Wertpapier ais Legitima,tion.smittel,* 11

s.> : em regra, propriedade do título e direito de crédito coincidem, mas não pertence à essência dos títulos de crédito que o proprietário seja por igual, *e sempre,* o titular do direito; o fim do título não é outro que o de legitimar o titular. Pouquíssimo vale, em comparação com o preço nominal ou de cotação, o *papel* de uma apólice da dívida pública; aquele não deriva desse, senão na medida em que esse legitima o titular. O papel *especificado* completamente e irreivindicável, como o papel caduco (amortizado, no senso técnico), assume valor próprio, quase diríamos *ad izaturam;* não tem mais o efeito de legitimação: andam esgarrados titulo ao portador e direito. A materialidade do titulo deixou de incorporar a promessa. A posse de boa fé não mais produz o crédito. NãO tem o portador, portanto, o direito de apresentar, O titulo ao podador foi expulso do mundo jurídico como instrumento do negócio. Não há mais, *nele ,* o negócio jurídico.

A cisão não somente deriva das circunstâncias em que se entreferem interesses igualmente atendíveis e merecedores de sanção conciliante, como tem, na situação criada pela oposição ao pagamento (Código Civil, ad.

1.509> e emissão de novos títulos, que façam as vezes dos títulos ao portador perdidos ou furtados, símile, esse

, de grande significação.

Contra a solução de E. JACOBI, MAx PAPPENHEIM, em recensão da obra de E. JAcOBI *(Kritisch,e Vierteljakrsschrift,* 44, 346 s.), e, na Itália, Aci» ARCANGELI (Suíla Teoria dei Titoli di credito, *Rivista dei Dirilto Commerciale,* VIII, 345-348 “L‟adiàta, divenendo proprietario del titolo, diviene titolare anche del credito. Non vi é quindi in tal caso

una scissione fraproprietà del titolo e proprietà deI credito"). Esqueceu-lhes que a *lei* de um pais não pode dar toda. a teoria de um instituto e, diante do sistema de oposição e reemissão, não há recusar a possibilidade. Demais, no próprio direito italiano, há alguns títulos suscetíveis de processo de amortização (C. ViVANTE, *Tra.ttato di Diritto Commerc?ale,* III, 3Y ed., 663 s.). Somo AGW ARCANGELI poderia negar que se cinda o título, em sua feição global, *mii generts* (papel e direito), se a lei permite a duplicata?

No direito francês e no direito brasileiro, a opinião de E. JACOBI, que é a única exata em qualquer pais, pode ser considerada inexpugnável. De acordo com a própria Lei italiana de 14 de julho de 1887, relativa a depósito, a Lei italiana de 26 de julho de 1888 (cartelle agrarie>, e o antigo Código de Comércio italiano, então vigorante, arts. 331 e 332, a amortização era possível, na Itália, em caso de perda ou furto, pois que não se tratava de títulos de ampla circulação: o detentor podia apresentar-se, após o edital, e declarar ter usado do papel como matéria, ou ter adquirido o título em sua natureza complexiva. No primeiro caso, a lei italiana permitiria, perfeitamente, a cisão, pela só emissão de novos títulos; no segundo, o possuidor de boa fé adquiriu, verdadeiramente, o direito, não em virtude da especificação, mas da posse *bona. lide.* AGRO

ARCANGELI confundiu coisas diversissimas: o efeito do art. 57 do Código do Comércio italiano e o do ad. 470

do antigo Código Civil italiano. Outro argumento: um possuidor de má fé especifica o titulo dando-lhe valor maior do que ele tem:

é dono (antigo Código Civil, ad. 470); o proprietário espoliado intenta a reivindicação (antigo Código do Comércio. ad. 57>. Eis a espécie do art. 56 do antigo Código do Comércio,: titulo destruido ou gasto. O

estabelecimento teria de dar outro titulo; e o especificador teria de pagar ao lesado *ii prezzo deila materia.*

Assim, ainda nos casos de títulos ao portador propriamente ditos, a opinião de AGEO ARCANGELI era no próprio direito italiano.

É fácil ocorrer que o especificador não tenha direito, como se dá nos casos do Código Civil brasileiro, ad. 612, §

1.0, concernente à especificação obtida de má fé; e não apresentar a ficha metálica, após a mão-de-obra, os caracteres essenciais: *e. g.,* número, sinal de proveniência, data. Mesmo se reivindicada a substância com a *speeies nova,* não está o dono do direito cartular com

os pressupostos para exercer o seu direito: recorre às formalidades indispensáveis à reemissão, por se achar deteriorado o original.

Muitas vezes tem o especificador de prestar o valor da coisa transformada. Qual será? ~ O do título papel ou o do título como tal? Se o *dominus materiae* suscitou a reivindicação em tempo de exigir a prestação, será vencido na exceção de domínio, e o especificador terá de indenizá-lo do valor do bilhete ou ficha, uma vez que em tanto importou o dano sofrido, pois que, *ex hypothesi,* não se admite o pedido de novo exemplar. Quando a impossibilidade de se adquirir nova ficha deriva da falta de individuação, tem o *dominus m.zteriae* direito apenas ao valor da substância, porque era irreivindicável a propriedade, e, *ad instar,* a posse do pedaço de metal, ou marfim. Se de má fé o especificador, responde de acordo com o direito comum (obrigações por atos ilícitos), embora, segundo o art. 612, § 1.0, tenha de perder a *nova spetnes.*

§ 3.752. Confusão, comistão e adjunção

1.CONCEPÇÃO PERIPATÉTICA E CONCEPÇÃO ESTÓICA. Apresentam-se-nos, agora, novos modos de aquisição da propriedade móvel: confusão, comistão e adjunção. Na *specificatio,* como em todos os casos de transformação, o momento principal é o em que a matéria é "destruída" pela nova forma (peripatéticos). Na solução intermédia, preponderou, porém, o materialismo estóico. Para o estoicismo, toda coisa formada pela reunião de dois elementos ou objetos distintos pode apresentar-se sob três aspectos diferentes: a.) ajuntamento de corpos, que se não interpenetram e ficam independentes, *e. g.,* grãos de trigo de diversas espécies,; b) confusão de corpos, que se penetram uns aos outros, ao ponto de construírem novo corpo, *e. g.,* mistura de remédios,) penetração sem confusão, e. g., metal e calor.

(a) Só a *confusio,* , tinha influência na propriedade. (CALISTRATO, L. 12, § 1, li., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1: "Si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia, cum diversae materiae aes atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet"; ULPIANO, L. 5, § 1, D., *de rei vindicatione,* 6, 1). Os textos assimilam a *confusio* a *comntixtio,* confundindo os termos. O que se deve à concepção estóica no direito romano não é mister encarecer. Fique, pois, conhecido o ponto de partida.

2.SOLUÇÕES DO Código CIVIL BRASILEIRO. O Código Civil brasileiro

estatui que as coisas pertencentes a diversos donos, confundidas, misturadas ou ajuntadas, sem o consentimento deles , continuam a pertencer-lhes, se possível separá-las sem deterioração (art. 615). Não o sendo, ou exigindo a separação dispêndio excessivo, subsiste indiviso o todo, e cabe a cada um dos donos quinhão proporcional ao valor da coisa, com que entrou para a mistura ou agregado (§ 1.0). Se, porém, uma das coisas puder considerar-se principal, o dono sê-lo-á do todo, indenizando os outros (§ 22). Se a confusão, adjunção ou mistura se operou de má fé, à outra parte caberá escolher, entre guardar o todo, pagando a porção, que não fôr sua, ou renunciar às que lhe pertencerem, mediante indenização completa <art. 616).

(a)A *confusão* pode dar-se: a) bilateralmente, e então o contrato decide quanto à propriedade; *b)* unilateralmente:

ou especificação, assunto de que já tratamos; ou confusão simplesmente, sem mão-de-obra (fortuita ou voluntária). É somente da última que se cogita nos arts. 615-617. Confusso é a reUnião de coisas líquidas, ou liquefeitas. Está visto que só a liquefação nos interessa, pois os instrumentos de legitimação, no estado atual da civilização, são sempre coisas secas . Se a ficha metálica foi parar às mãos de alguém, que a caldeou em outro metal seu, deu-se a confusão, e tudo se resolve de acordo com o direito civil. As espécies de má fé não trazem novidade: se insubstituível, ou, ainda, substituível a ficha, não fica sem indenização o dono do título metálico.

Ou pede outro, pagas as despesas, das quais é reembolsado pela parte de má fé, se substituível; ou, na impossibilidade de haver nôvo espécime, é ressarcido, completamente, do prejuízo, pelo confundidor A confusão não é, portanto, meio de adquirir o direito cartular.

(b)Dá-se *comistão* quando se reúnem coisas secas. é. 0.. títulos não individuais. Enquanto dura o depósito, cada um dos titulares tem direito de compropriedade, pois que é dono da quota parte, que se expressa pelo número de títulos que depositara. Quando se põe termo à indivisão, cada um fica proprietário exclusivo de um número de títulos correspondente ao dos depositados. Não se trata, pois, de meio de aquisição do direito cartular: cada um se torna proprietário exclusivo, ao cessar a comistão. (Pensava de modo contrário AGEO ARCANGELI, Suíla Teoria dei Titoli di credito, *lUvista dei Diritto Commerciale,* VIII, 356, que, à procura de alguma comistão que s‟3 pudesse considerar meio de adquirir o direito cartular, não cogitou do exemplo de‟ que em seguida falamos.) Pode ocorrer que toda a propriedade tenha de ficar com um só dos proprietários de coisas comistas. Há uma grande caixa, pertencente a certa pessoa, em que ela

e duas mais puseram, em comum, muitos bilhetes de loteria.

Alguém deixa cair um, de que não sabe os sinais individuantes, nem as outras pessoas os sabem dos seus.

Ninguém é obrigado à indivisão, nem pode pretender que lhe dêem um, desde que se recusam a tal, e invocam o art. 615, ~ 1Y, do Código Civil (art. 615, § 2.0: "Se, porém, uma das coisas puder considerar-se principal, o dono sê-lo-á do todo, indenizando os outros"), ou a má fé, por ter a pessoa pretendido, com isso, por exemplo, forçar a indivisão.

Inversamente, poderia ser a referida pessoa digamos A que juntasse aos seus bilhetes um que pertence a B, e, então, se E opõe a má fé, tem em seu favor a opção do ad. 616 do Código Civil: cabe a E escolher entre guardar o todo, se pagar a porção, que não fôr sua, ou renunciar ao seu bilhete, mediante indenização. Enquanto 13 não se decide, vigora a indivisão com todos os seus efeitos, inclusivos o da comunicação da sorte grande e dos prêmios. Pode a parte que tem de optar, ou o interessado em que se saiba sobre a existência, ou não, de principalidade, ser intimado a dizer o que prefere, ou se quer, ou não, manter a compropriedade, renunciando, ou não, a preferência segundo o art. 615, § 2.~. O juiz, atendendo ao dia da extração do bilhete, marca prazo razoável, ou defere o pedido de intimação imediata.

(c) A *adjunção* só nos interessa no que se pode referir a fichas, bilhetes de metal, ou bens móveis resultantes.

Também não constitui meio de adquirir o direito cartular. Com ela tem-se a propriedade móvel, e não o direito declarado no pedaço de bronze, prata ou níquel. Mais uma prova de como pode falhar a afirmativa de OTTO

VON GIERSE *(DeutSChe8 Privatrecht,* II, 115) : o direitO papel deriva do direito ao papel ("Das Recht sus dem Papier folgt dem Reclit am Papier").

§ *3.753.* Tradição

1. PRELIMINARES. Ajudado das ilações que nos forneciam os casos concretos, deixamos assente, pôsto em posições seguidas e concordantes, que a aquisiçãO do direito cartular não depende da propriedade: pode-se não ter a propriedade e ser titular do direito,

como é possível adquirir-se a propriedade do papel sem se adquirir o direito.

Falta-nos O último dos modos de adquirir a propriedade móvel: a tradição. Aí surge, mais de uma vez, a questão da posse. Evitaremos as notações mínimas que alenta a exposição, porém não iremos ao extremo de descobridor o processo analítico. Antes de tudo, tomemos trecho de H. BRUNNEL cujo exame pode trazer-nos uma pouca de luz: "Para se exigir o direito derivado do titulo, basta a posse de fato. Pertence esse, não só ao proprietário apresenta mas a qualquer possuidor do titulo, que o exiba. Todo portador tem, no tocante ~o devedor, a qualidade de credor, pois que, na conformidade do teor do título, figura como destinatário da prestação". - A explicação de II. BRUNNER desbasta a imagem do que acontece, lixa, por bem dizer, relevos da realidade; percebe-se depois, o fato, confusamente, e diferentissimo do que é. Notemos-lhe as evasivas: admite que haja crédito, e o portador seja, perante o devedor, o verdadeiro *credor,* e não entre os demais, inclusive o dono do título, corno se pudesse ser algo, e não ser, ao mesmo tempo, e como se as relações externas ao vinculo creditório pudessem tirar ao credor algo da sua natureza necessariamente una e indivídua. Destinatário, disse o jurista alem, porque supôs existisse, no fenômeno , estipulação a favor de terceiro, mas esqueceu-lhe que, no momento da apresentação, pode o dono disputar ao apresentante *nOfl dominus* a qualidade de credor. Vê-se, assim, que a teoria H. BRUNNER é insustentável: distingue, para, em seguida, associar; separa e, depois, junta; diferença aqui, e ali iguala. identifica, confunde; assimila no mesmo indivíduo o ser e não ser. E pouquíssimo seria, de esforço , abrir os olhos para a realidade viva do fenômeno, desprezar as noções de *sei,* para so se interessar com as relações.

Mostra-nos a análise, vivos e inapagáveis : a) a relação jurídica de obrigação do subscritor para com o apresentante, a que se exige apenas a posse imediata, circunstância, *mate* rial e juridicamente, necessária à exibição para se irradiar a pretensão, com a conseqüente cobrança do crédito; *b)* a função de propriedade ou de posse de cada um dos terceiros (dono, ou portador não proprietário <lo título) ; e) o nascimento do crédito não se confunda com a *obrigação* a cada posse própria, de boa fé em relação ao subscritor.

2.HIERARQUIA DAS FOSSES. Há a hierarquia das *posses,* o que em nada altera a condição intrínseca da promessa do subscritor: ter de prestar ao apresentante. Titular da pretensão é quem apresenta. A questão da posse, em si, só alcança o subscritor, se se põe em litígio o

direito de possuir ou o próprio fato da posse, e disso se intima o subscritor. Aí. o ponto em que se distinguem, perfeitamente, o verdadeiro titulo ao portador e os claudicantes ou simples títulos de legitimação: o subscritor, naqueles, *promete* pagar ao apresentante, ao passo que, nesses, se *permitiu* pagar ao portador. Curioso é que o reconheceu o próprio H. BRUNNER: "Os títulos ao portador claudicantes, vale dizer os títulos nos quais o emissor tem o direito e não o *dever* de prestar a qualquer possuidor. .

Nos títulos ao portador, não se podem opor ao apresentante de boa fé *em relação ao subscritor* outras objeções e exceções que as do Código Civil, art. 1.507. Se de má fé *em relação ao subscritar,* quaisquer, inclusive a de não ser possuidor *próprio,* mas *alieno nomine:* e as objeções e as exceções obstam ao pagamento. Talvez se visse, ai, a análise da posse, pelo subscritor; mas é ilusão: a má fé, cuja prova incumbe ao subscritor, foi que lhe deu mais largo campo de objeções e exceções, e essa má fé não é a ciência de não ser dono, ou qualquer conhecimento que torne possuidor de má fé o portador em relação a terceiros, mas apenas a má fé *pera nU* e *próprio subscritor,* isto é, a que dá ao subscritor uma *exceptio.* As relações jurídicas, que se fundam na pessoa do possuidor precedente, podem ser invocadas, a titulo de objeção ou exceção ao portador, quando a esse , como adquirente de má fé. se possa opor a *exceptio.* Essa exceção permite as mais; ela, e somente ela, é o "abre-te, Sésamo " da inquirição das relações de posse, das várias situações que antecederam à do exibidor.

Se o representante, para se furtar a exceções pessoais e outras que caibam, declara ser possuidor *alieno nomine,* o subscritor terá de conformar-se com o que poderia opor ao pretendido possuidor mediato, ou provar a má fé do apresentante: firmada a *exceptio doU,* as exceções, que se quiseram evitar, são atendíveis e do bom êxito depende o pagamento

3.TRADIÇÃO ENTRE TERCEIROS. Eis-nos aptos a iniciar o estudo da tradição, modo geral, derivativo, de operar a transferência voluntária da propriedade. Sem ela, não se transfere o domínio dos móveis, quando firmado o acordo de transmissão (Código Civil, art. 620; L. 9, §§ 3 e 6, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1; e E. 20, C., *de pactis,* 2, 3) salvo o constituto possessório, ou se, em mão de terceiro a coisa, cede o alienante o direito à restituição (Código Civil, art. 621; Código Civil alemão , ~ 931), porque a posse mediata, essa, é simples posição, mais potencial que efetiva e a vontade a transfere. Posição, dissemos, porque se abstrai do *corpus.*

Apesar das faculdades amplas do titular da posse mediata, o possuidor imediato fica na "possibilidade de exercer o seu poder sobre o objeto". Talvez o seu poder atual seja quase nenhum; contudo, como *fator potencial,* se lhe reconhece, expressamente, a sua posse, o seu poder: o objeto continua ligado a seu patrimônio, pela possibilidade principal (prinzipielle Mõglichkeit) de reincidir, de voltar (PAUL SoxoLOWS}CI, *Die Philosophie im Priiatrecht,* II, 269). Vê-se, por aí, quanto e moderno conceito da posse se libertou do *corpus* e quanto é sociológico e filosófico o entendimento do "poder fáctico" do Código Civil alemão, ou poder de exercício de fato. a que alude o Código Civil brasileiro, art. 845. A energia, a potência, eis o verdadeiro elemento, que a física moderna e,com ela, todas as ciências, tem mostrado ou reconhecido na textura do mundo.

Feita por quem não seja proprietário, a tradição não alheia a propriedade: *nemo plus iii o..lium transfere potest.*

qua.m ipse ha.beret <Código Civil, art. 622; L. 54, D., *de diversis reguli.s juris antiqui,* 50, 17; cf. L. 20, D., & *adquirendo rerum doininio,* 41, 1: "Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qul tradit", onde, aliás, "traditio" e "tradit" são interpolações), nem a tradição leva o domínio quando tem por título ato nulo (Código Civil, art. 622; L. 31, D., *de adquirendo rerunv dominio,* 41, 1:

"Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur").

Já provamos que o direito de apresentar não deriva da propriedade, mesmo em se tratando de tradição: a) o constituto possessório não tira ao alienante do título o poder fáctico, a possibilidade de apresentar o título, e receber o que se nele declara, ou exercer os direitos, que a exibição confere, como os de acionistas nas assembléias de sociedades anônimas; t") quando alguém, possuidor mediato, cede a outrem o direito de haver do possuidor imediato o título ao portador, não desinveste com isso o depositário, o mandatário, o credor pignoratício, da situação que o torna perfeitamente capaz de transmitir o título, validamente , a adquirente de boa fé, ou de o apresentar a cobrança, no vencimento, ou de exercer, validamente , os direitos que à sua pessoa advenham da exibição do título inominado; e) - feita por quem não seja proprietário, a tradição não opera a transmissão do domínio, mas excetuada fica a regra, se o objeto é titulo ao portador: *civil* ou *regido pela lei civil,* porque a lei só permite a reivindicação em caso de furto ou perda; *comercial,* porque em vários casos a boa fé, no *jus*

singulare, valida a aquisição; e, diminuída assim a esfera da garantia à propriedade do título, não se lhe adapta a aquisição do direito, pois que o ladrão o tem, enquanto não perde <note-se bem) a posse, ou, desde que a posse dele não de má fé em relação ao subscritor, a tença, sem querermos, aqui, cavar diferença específica; *d)* salvos os casos de incapacidade, a tradição, ainda em virtude de ato nulo, vale em relação aos terceiros de boa fé, mas o de má fé pode exercer o direito enquanto se lhe não retira a posse. Tudo mostra, clarissimamente, que os meios de adquirir a propriedade não servem para se explicar a fonte originária ou derivada do direito oriundo do título. Só a posse nos pode bastar; e sempre se tenha em vista que o possuidor imediato ou quem quer que tenha o *corpus,* como os servidores, os representantes, os depositários, criados ou auxiliares da posse, pode exercer o direito, não porque tenha o exercício apenas, e sim *porque o direito de apresentar não é antro que a faculdade de exibir correspondente ao poder fáctico:* entre eles, possuidores imediatos, ou tenedores, ou simples instrumentos de posse, a contenda pode surgir, com as conseqüências das lides possessórias e, com processo especial para evitar o ato exibitivo do detentor legítimo, conferem-se aos que têm melhor posse as medidas do art. 1.509 do Código Civil e „da art. 36 da Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908 <lei cambiária).

4.CONCLUSÕES. A posse faz nascer o direito de crédito em favor do possuidor do título ao portador se possuidor de boa fé em relação ao subscritor. Pode dar-se:

(a)Que seja possuidor de boa fé em relação ao subscritor e não seja possuidor de boa fé em relação ao possuidor anterior (perante o subscritor, é enquanto tem a posse *credor;* perante o possuidor anterior, pode sofrer em caso de perda ou furto que esse sofreu, reivindicação ou vindicação da posse, ou desapossamento em virtude de sentença em ação possessória).

(b) Que o possuidor, a que ninguém, dos possuidores anteriores, ou outros terceiros, pode atribuir má fé, seja, em relação ao subscritor, possuidor de má fé: é. então, possuidor. no sentido de quem possui coisa móvel (que é o título ao portador), ou, mesmo, proprietário da cártula (no caso do ~trt 619 do Código Civil), sem ser titular do crédito.

§ 3154. Espécies de tradição de títulos ao portador

1.TRADIÇÃO noçÃo SIMPLES. Há tradição simples do título ao

portador quando se entrega o título ao portador, de mão a mão. Cf. Tornos X, §§ 1.084, 1.102; e XV, §§ 1.749-1.755

2.OUTRAS ESPÉCIES DE TRADIÇÃO . A transmissão da posse pode ser pelo constituto possessório (Tornos X, §§ 1.091, 1.107 e 1.118,4; e XV, §§ 1146, 2, 1.751,2 e 1.756), pela tradição (Tomos X, ~§ 1.064, 1, 1.066, 2, t067, 4, 1.074, 1.080, 1, 1.084, 1, 4, 1.087, 1, 8, 1.156; e XV, §§ 1.751, 9, 1.758, 1, e 1.755), pela tradição *brevi manu* (Tomos X, §§1.156. 1, 1.080, 1, 1.084, 8, 6, 7, 8, 9, 10, 1.086, 1.087, 2, 1.088, 3, 1.107, 1; e XV, §§ 1.658, 5, 1.728, 4, 1.746, 1.751, 2, 4 e 9), pela cessão da pretensão à entrega (Tomos X, §§ 1.085, 1, 1.087, 5; e XV, §§

1.746, 3, £751, 2, 1.757).

8.As DUAS ORDENS DE RELAÇÕES JURÍDICAS. Nas relações jurídicas que se formam na série dos possuidores há propriedade e posses. Tratando-se de títulos ao portador, se a pessoa pode *vindicar a posse,* pode *reivindicar.* Quem tem posse própria, inatacável, proprietário é. Tal posse lhe permite cindir e transferir a posse, própria ou imprópria, corno entenda. Nas relações jurídicas entre o subscritor e o possuidor do titulo ao portador, tem o crédito quem tem a posse, *sem ser preciso que o subscritor saiba quem seja,* porque a *obrigação* nasce à apresentação do titulo, razão porque para que nasça a pretensão (a favor de quem, não cabe indagar-se) basta que alguém tenha a posse *imediata* ou a própria tença.

A tença reconhecida, à apresentação, pelo próprio tenedor dá ensejo ao subscritor a exigir que o tenedor se legitime. Se ele está de má fé, em relação ao possuidor, e diz, legitimado não é. Se o não diz e o subscritor sabe que está de má fé, em relação ao possuidor, não lhe pode ser feita a prestação.

§ 8.755. Direitos reais sobre títulos ao portador

1. PENHOR. O credor pignoratício ou é credor do dono do titulo ao portador, ou o é de outrem, que, de posse do titulo, o empenhou.

Cabe examinar-se a *relação jurídica,* se há; ou, em geral, a *situação* entre o que empenhou e o dono do título. Se não foi o dono que o empenhou, hás três *posses,* no tempo: a do dono, adiempenhante, a do credor pignoratício.

Tal multiplicidade sucessiva pode complicar-se com outras posses, anteriores ao ato do penhor, ou posteriores a ele. (Para mais uma vez se frisar a diferença entre as relações jurídicas do subscritor e de possuidor e as relações jurídicas entre os possuidores, observe-se que o credor pignoratício, titular do direito real e com a posse imediata, é legitimado a receber, sem precisar das cláusulas de "venda amigável" a que se refere o art. 774, III,

e 3.~ partes, do Código Civil.)

No penhor, se a coisa empenhada consistir em títulos de crédito (Código Comercial, art. 277), o credor, que os tiver em penhor, entende-se sub-rogado pelo devedor, para praticar os atos que necessários forem a conservar a validade dos mesmos títulos e os direitos do devedor, a quem fica responsável pela omissão.

Recebe os juros vencidos e a importância do crédito, ação ou título, para que lhe dá o penhor mandato suficiente.

~,Também quanto às entradas, *e. g.,* as prestações parciais das ações, dos empréstimos? Não; é ao acionista, ao mutuante, que incumbe o pagamento, salvo convenção expressa.

Situação interessante é a criada pelo penhor de titulo de crédito hipotecário: o credor pignoratício, como bem decidiu

O Acórdão, do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 9 de março de 1903 (S. *Paulo J.,* 1, 346), é competente para cobrar o principal e créditos do título hipotecário, mas, se foi omisso no exercício desse direito, e o credor hipotecário promoveu a execução do imóvel, o credor pignoratício não pode posterior-mente excluir o litigante, apenas lhe é dado intervir como assistente.

2. USUFRUTO. O usufrutuário do título não pode aliená-lo; recebe os juros ou dividendos. Ao proprietário, se outra coisa não resulta de contrato ou ato unilateral, como promessa de recompensa ou testamento, é dado alienar, respeitado o usufruto.

Aqui, não há sucessividade de posses: há duas posses simultâneas, correspondentes, uma, à nua propriedade, e outra, ao usufruto.

Cinde-se a *relação* possessória em duas *relações, à* semelhança do que ocorre à relação jurídica real, que se cindiu, materialmente, em nua propriedade e usufruto. O usufrutuário do titulo vencido é legitimado a receber, mesmo se nenhuma cláusula o explicita. Aliás, lê-se no ad.

719 do Código Civil: „Quando o usufruto recai em títulos de crédito, o usufrutuário tem direito, não só a cobrar as respectivas dívida: mas ainda a empregar-lhes a importância recebida. Essa aplicação, porém, corre por sua conta e risco; e, cessando o usufruto, o proprietário pode recusar os novos títulos, exigindo em espécie o dinheiro". No art. 720:

"Quando o usufruto recai sobre apólices da dívida pública ou títulos semelhantes, de cotação variável, a alienação deles só se efetuará medignte prévio acordo entre o usufrutuário e o dono".

3. FIDEICOMISSO. - No fideicomisso, que a lei civil regulou, há duas figuras subjetivas: o fiduciário e o fideicomissano. É oportuno precisarem-se alguns pontos, havendo, como há, em direito brasileiro, o fideicomisso de títulos ao portador.

Os títulos ao portador podem ser facilmente alienados. Devem, por isso, ser acautelados durante o fideicomisso.

Ou o fiduciário os deposita, e recebe as rendas, ou separa, a cada mês, ou período, os cupões de juros; ou dá caução de os restituir; ou pede a conversão deles.

Normalmente, a alternativa depende dele. As limitações provém da cláusula contratual, ou da declaração unilateral de vontade, ou do ato *mortis causa.*

Não importa a natureza dos títulos ao portador de que se trata. Nem cabe a limitação, que procura fazer a doutrina alemã, a propósito dos títulos de legitimação (W. HOTHORN, *Rechtsstettung des befreUen Vorerbe,* 184). Aliás, contra os *Protokolle* (V, 109).

Em todo o caso, se a natureza deles é tal que a cautela perante o subscritor, judicialmente tomada, baste, não precisa ser obrigado o fiduciário a caucionar ou depositar. Seria inútil a exigência.

O fideicomisso não provoca fatos da série de possuidores; mas, no dia em que se dá a condição, ou se atinge o termo , a entrega do bem ao fideicomissário cria *sucessividade* na posse.

4.. FIDÚCIA. A fidúcia propriamente dita provoca situações graves quanto à propriedade e à posse.

Não há no direito brasileiro nenhum artigo que proíbe a fidúcia.

Proibe-se o *arbiter,* o *elector,* quer dizer aquele a quem se comete a determinação da identidade. São proibidas as disposições deixadas a arbítrio de terceiro (Código Civil, ad. 1.667, III), que tanto vale dizer-se deixar a outrem a determinação da identidade. Claro que muitas vezes o deixar em fidúcia vale deixar em arbítrio (o próprio CARDEAL DE LInDA o reconheceu, disc.

46, 1, 9), mas ainda dando-se de barato que o art. 1.667, III, apanhasse toda a fiduciaildade lá estaria o ad. 1.666

que mandaria preferir a interpretação validante, lá estaria o *modwg,* que é fidúcia, lá estaria o cargo de testamenteiro, que fidúcia é, talvez o limitado arbítrio excepcional do ad. 1,668, 1, o caso do art. 1.669 e outros mais. Daí as regras seguintes:

a) Se é nula a fidúcia por ser *arbiter* o fiduciário, nula é a própria disposição e o fiduciário nada pode pretender para si.

b) Sempre que está em dúvida a interpretação de urna verba testamentária ou de negócio jurídico entre vivos, por poder ser fidúcia ou *nodus,* ou, dc outro lado, disposição deixada a arbítrio de outrem, deve adotar-se a que confira a validade. Constitui conseqüência do art. 1.666 e a velha lição de BÁRTOLO DE SAXOFERRATO:

“nisi aliquibus praesumptionibus hoc praesumitur esse fiduciar ‟.

e > Quando só a função de testamenteiro pode salvar a verba, considere-se como tal, para esse caso (o Código Civil, art. 1.758 bem o permite) o herdeiro ou legatário, o juiz adotará a melhor figura, observando o art. 1.666.

d) As fidúcias não se presumem nulas: aos interessados cabe provar-lhes as nulidades *(Tratado dos Testamentos,* III. n. 854).

e)~ possíveL aplicarem-se os princípios da conservação e da conversão a propósito de determinações de confiança (Codigo Civil, art. „1.666).

f) *Para* interpretar a verba testamentária e decidir se contém fidúcia, ou se não contém; outrossim, se e num sentido ou noutro sentido a fiducialídade, o que se faz é declarar a vontade obscura ou ambígua, e não intrometer outra disposição ou insinuar vontade não expressa no testamento. Dizia o CARDEAL DE LUCA: “Declaratio consistit circa explicationem verborum ambiguorum actus de jure validi”.

g)Quando a fidúcia não consta do testamento, mas aquele que mereceu a confiança do testador vem ao juízo dos testamentos, e, em desencargo da sua consciência, declara que (is bens recebidos lhe foram (leixados para entregar a outrem. (leve o juiz mandar tomar por termo a declaração, que sera como outro negócio juridico e vale prâticamente como alienação, se fôr aceito pelo verdadeiro beneficiado. Não se trata de ato de direito testamentário, mas de ato entre vivos. Depois disso, os beneficiados podem reclamar o que, pelos termos dos autos, se lhes deve. Nesse ponto, é sempre‟ justa, mural, conteúdo de princípio superior de direito, a velha lição cristã, que, a esse propósito, pregava a imprescindível obrigação de restituir tudo que indevidamente está em poder da pessoa (MATHEUS, ad Rom., 14: “Redite omnia debita”; EZEQUIEL, 33:

“Non permittitur venia, nisi rapina reddatur”; TOSTAS, 2: “Si furtivus est non licet nobis de eo aliquid edere, aut contingere”; AGosTINHO, ep. 54 ad Maced.: “ Non remittitur peccatum nisi restituatur ablatum”).

A ação de enriquecimento injustificado, a obrigação oriunda de tais declarações espontâneas, não precisam estar nos códigos, nem os códigos podem riscá-las da mente humana. Perderiam a respeitabilidade, em que repousa a observância das leis.

Às vezes o testador avisa por escrito o beneficiado: “Deixei-te com F. cem milhões para completares o teu curso de direito; ele o recebeu pelo cheque n. x contra o Banco do Brasil”. Pouco importa o título com que F. receba, no testamento, esse dinheiro. Recebe F. como beneficiado testamentário e presta como obrigado fora do testamento. Não pode recusar-se a isso.

Direito que o livrasse da obrigação, em vez de servir, desserviria à vida. Espoliaria. Cp. CARDEAL

MARANTA <1, resp. 22, n. 40 s.).

Deixa-se aqui de tratar das doações manuais feitas pelos moribundos, assunto no qual intervém a fiducialidade entre vivos, às vezes para a execução depois da morte.

h) Pode valer como ato entre vivos, isto é, *rectas,* o próprio legado não solene, fiduciário, se, por exempIo, se perfez com a tradição: “stipulatio facta in ultima

voluntate sortitur naturam ultimae voluntatis quoad trans-missionem

secus quoad probationem".

i)Quando a irrepetibilidade não derivasse da obrigaça" da fidúcia, derivaria do fato de ser a prestação sem *QfliJflH(donandi:* há a diferença (la causa.

j) A fidúcia (sem segrêdo) do Código Civil, art. ITiS (prole eventual), é perfeitamente válida, por expressa regra da lei: o art. 1.715 como que prefura a regra juridica do art. 1.717, texto legal explícito, que abre exceção ao principio da coexistência do testador e do herdeiro.

5.EMPRÉSTIMO. - O mútuo de títulos ao portador importa alienação, como todo mútuo.

O comodato pode dar-se e rege-se pelos seus princípios: dá-se o cômodo, e não o título.

É fácil imaginarem-se as situações jurídicas que dai podem decorrer, na série dos possuidores.

6.CAUÇÃO A FAVOR DE OUTREM. Aqui, o dono do título presta caução por outrem. É a cisão a que nos referimos ao tratar do penhor.

§ 3.756. Problema de direito das sucessões

1.CÓDIGO CIVIL, ART. 1.572. No direito das sucessões, há regra jurídica que estabeleço situações bem interessantes quanto aos títulos ao portador. Referimo-nos ao art. 1.572 "Aberta a sucessão o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários".

Algumas considerações sobre o art. 1.572 levar-nos-ão a bom termo.

2.LACUNA ROMANA NA TUTELA POSSESSÓRIA E A SOLUçÃO. No direito romano, havia a continuação da posse no sucessor a título universal e a conjunção das posses no sucessor a título particular (L.

40 e L. 31, § 5, D,, *de usurpationibus et,* 41. 3; L; 13, § 10, D., *de udqairenda vel amittenda possessione,* 41, 2).

Contudo, entre a delação e a adição, se outrem possuía a coisa, não havia espoliação, porque não havia possuidor (L. 6, § 2, D., *pre*

emptore, 41, 4). Ess‟e lapso constituía o problema técnico a que nos referimos.

Donde a lacuna na tutela possessória. A imaginação prática dos jurisconsultos romanos experimentou expedientes, como obrigai a pronta adição, o *interdietum quo rum bonorum* e, devido a Marco Aurélio, o *crimen expilatue hereditatis.* Expedientes, tão-só.

A vida deu a solução. Mas a vida, a experiência, só ousa depois de se ter a medida que trazia a teoria e a prática admitira: a nova concepção da investidura imediata, que se coadunava com a necessidade social da sucessão *in unireisum tua.* A origem não foi romana.

A posse do art. 1.572 independe de qualquer efetividade:

ela se transfere, saiba ou não o herdeiro que se lhe transferiu:

Posse nec animo nec corpore. O elemento germânico repenta, vê-se-lhe bem o traço firme, de espiritualidade, que atravessa a materialidade das concepções romanas. Posse, que não precisa de ato, ou gesto, ou reconhecimento do possuidor. Um “é”. categórico, que a tradição germânica disse, e as leis escritas, após os costumes de França e alhures, repetem. No tempo em que a posse *bonorum* (arts. 4S5-523~ era de configuração romana, ao jeito de F. vorç SAVIGNY, exsurgiu a concepção germânica da continuidade da unidade patrimonial e da investidura imediata *(saisina <ia-is).*

No conjunto do direito, esse grito germânico dominou, mas como exceção, como direito singular. Por isso disse A. FÃnn no *Cojez Fabrianus (Liv.* VII, 6, IV): “beneficium possessionis consuetudinariae quod a defuncto in heredem recte continuatur singulare ius et privilegium est”.

Da saisina excluia-se o legatário, porque era sucessor a título particular. A vida aproveitou os dois sistemas e deu-se, histórica e evolutivamente o seguinte: ao direito romano somou-se o elemento germânico; a tutela jurídica da posse fêz-;e possível, sem os incompletos expedientes romanos, de modo que a aspiração do direito romano se realizou com a fusão dos dois direitos. Houve embaraços teóricos. Hoje, com a concepção nova, refletida no Código Civil, esmaeceram. A lacuna romana foi preenchida, com a consequência de se transmitir ao herdeiro a posse dos bens de que o testador era proprietário e a dos pertencentes a outrem, desde que lhe coubesae a~posse. Porém, como a posse do testador vai toda ao herdeiro, o título testamentário atribui a propriedade ao legatário e a posse vai do

testador ao herdeiro, em virtude da *saisina iurts.* Dai a cisão; e o legatário tem de pedir a posse, se não Iba transmitiu diretamente o testador.

3. PossE DO *CÓDIGO* CIVIL, ART. 1.572, ou SAISINA. *Saisina* é palavra de origem germânica, que significa posse mais direito de possuir, ou posse que o direito dá, do que posse no sentido de exercício efetivo. Tão portuguêsa, como de outra língua, porque está nos textos do latim cosmopolita: *saisina, in saisina.* No brocardo francês, *Le mort saúit le vil,* a alma germânico-latina da França bem se retrata: "saisir", do germânico, traduz a passagem, por força de direito, da posse do defunto aos herdeiros, isto é, a palavra germânica para exprimir fato germaníco.

A posse vai aos herdeiros que receberem a herança, quer dizer potencialmente deslocável de grau, incluído o efeito da representação (Código Civil, arts. 1.620 s.) : se um dos chamados não aceita a herança,.ela toca aos co-herdeiros, ou, se é o único ou se todos a recusam, aos sucessivos do grau imediato. No Brasil, ao próprio cônjuge sobrevivo e ao Fisco (art. 1.603, cp. Código Civil francês, art. 724, que não estende a esses). Mas repugna aos nossos dias concepção da saisina coletiva aos parentes; só se refere a herdeiros.

4.Os TÍTULOS AO PORTADOR E A SAISINA. Passemos a cogitar da saisina no .Brasil, no tocante a títulos ao portador. Vigoram no Brasil os dois princípios:

a)O princípio da sucessão no todo ou da universalidade da herança.

14 O princípio da aquisição "eo ipso" *Prinzip des "co ipso" Erwerbes,* dizem os juristas alemães *~.i.* pelo qual os bens da herança passam aos herdeiros, sem qualquer ato deles para os adquirir, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade.. "Aberta a sucessão", isto é, com a morte, tramitem-se propriedade e posse dos bens.

Assim:

Com a transmissão, segundo o Código Civil, art. 1.572, todos os direitos particulares e obrigações passam aos herdeiros, desde que existem no instante da morte do decujo. Dá-se a confusão, se credor ou devedor era o herdeiro. Os efeitos são totais, quer no direito das obrigações, quer no das coisas. O usufrutuário que herda do proprietário a coisa, pode ver consolidar-se a propriedade; mas pode

ter interesse em que se não consolide (cf.

Código Civil alemão, § 1.068, 2.~ alínea) e tomar, para isso, as providências necessárias. Cf. Tomo XIX, §§

2.297, 2.328, 2, 2.338, 1, 2.843, 1.

(A extinção não se opera *ipso jure.* O que passou aos herdeiros passou indivisamente, de modo que se tem de fazer a partilha, para se saber a quem, divisamente, cabe o usufruto, ou a propriedade, para os casos, respectivamente, de herdeiro proprietário, ou de herdeiro usufrutuário. Além disso, tem-se de proceder ao cancelamento da inscrição.)

O que herda títulos ao portador, herda a posse deles como a tem no momento da abertura da sucessão o decujo.

Falta-lhe ainda a posse imediata, indispensável ao ato de apresentar. Contudo, se o que tem a posse imediata é o subscritor, a quem o decujo confiou a guarda do título, a carta do herdeiro basta para valer tomada da posse imediata. Se há dois ou mais herdeiros, ou se o espólio passa, indiviso, a muitos, os princípios são os da comunhão *pro indiviso.*

5. CONSEQÚÊNCIAS DO GOLPE DA LEI. Do que acima dissemos, resulta: a)A posse vai ao herdeiro conforme, no momento da morte (OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht,* II, 240), a tinha o decujo.

Se, morto em naufrágio, a perdeu simultâneamente, é tal situação que se transmite. Se, acidentalmente, ou por procura, depois vem ao herdeiro, não se pode dizer que durante o tempo do extravio estivesse sob a posse do herdeiro (E. STROHÁL, *Das deutsche Erbrecht,* II, 68; cf. J. BIERMANN, *Sa.chenrecht,* § 857). Outra opinião em G. PLANa *(Kommentar,* III, 53). A respeito, vale a pena consignar-se a opinião de KÂRL ROBER *(.1. v.*

Staudingers Kommentar, III, 39), contra E. STIWHÂ4L *(Das dru.tsohe Erbreoht,* II, 68) : a posse, que o herdeiro recebe do que, ao morrer, ficou sem o poder fáctico (naufrágio, desastre. com perda e extravio), é apenas sem efeito prático, porque não pode usar dela; de modo que não há, como pretendeu E. STROHAL, exceção ao art. 1.572 (§ 857).

Sem razão. Ou se perdeu, ou não se perdeu a posse. A respeito regem os princípios sobre as coisas perdidas

<Tomo X, §~1.064, 7; 1.071, 7; 1.081, 3, 6; 1.103, 1.133).

b) Da hereditariedade da posse resulta, para os herdeiros, a faculdade de usar dos remédios possessórios. Em vida, o decujo defendia-se. Que defenda a posse. que recebeu o herdeiro legítimo ou testamentário. Mas do desforço pessoal (art. 502) não pode usar, cp. C. WIELA□D, nota 6 ao art. 923 do Código suíço (Das Sachenrecht, *Komrúcntar vim Schweizerischen Zivilgcsetzbach,* IV, 496), salvo se tem a posse imediata, ou se a assume a tempo.

§ 3.757. Conclusões

1.LEI DÁ CIRCULAÇÃO. Nos negócios jurídicos entre pessoas que são proprietários ou possuidores dos títulos ao portador, não está em causa a relação jurídica de crédito, nem, *a. fortiori,* a de pretensão. O título ao portador figura, apenas, como bem móvel, como *valor.* Embora haja regras jurídicas especiais, rege o direito das coisas.

2.PROPRIEDADE E POSSE. As situações de propriedade e de posse nada têm com o que se passa entre o subscritor e o portador. O subscritor não pode saber, ao certo, a quem deve, porque isso implicaria conhecer-se a relação entre o proprietário ou possuidor e todos, uma vez que o direito de propriedade e a posse são regidos pelo direito das coisas, e não pelo direito das obrigações.

REIVINDICAÇÃO DOS TíTULOS AO PORTADOR E VINDICAÇÃO DA POSSE, SEM SER PELO

SUBSCRITOR

§ 3.758. Posição do problema em termos precisos

1. TRÊS ESPÉCIES DE AÇÕES. A ação de reaver, no que concerne aos títulos ao portador, ou se refere à propriedade *(ação renvindicatoria),* ou à posse que passou a outrem (*ação renvindicatória da posse),* ou por ato de esbulho *(ação possessória de reintegra.çdo na posse).* As ações de turbação aqui não nos interessam.

Cada uma delas tem de ser objeto de trato especial, para que mais precisa e mais compreensível seja a expOSição .

2.SUBSCRITOR, EM RELAÇÃO A POSSUIDOR, E POSSUIDOR, NA SERIE DE POSSUIDORES. Outro ponto que merece toda a atenção é aquele que diz respeito à distinção entre reivindicação pelo subscritor e a reivindicação pelo possuidor, na série dos possuidores.

O assunto de que aqui vamos tratar só se relaciona com a série de possuidores, mesmo se o titulo está em poder do subscritor como possuidor, e não como subscritor, ou foi retirado ao subscritor como possuidor, e não como subscritor.

Conforme veremos oportunamente, o subscritor, como subscritor, não pode ir em nenhum caso contra o possuidor de boa fé.

O problema que temos de versar primeiro é o de saber-se contra quem pode ir a reivindicação do título ao portador, *na série rios possuidores.*

Não está em causa a posse, e sim a propriedade. O autor é pessoa que estêve na série dos possuidores, ou *devia* ter estado.

§ 3□759. As discordâncias doutrinárias e de direito positivo

1.PRECISÕES. Antes de iniciarmos o estudo analítico e comparativo da reivindicação dos títulos ao portador, impõe-se-nos, como expediente de método, o conhecimento das várias opiniões existentes nas leis e nos formuladores da dogmática jurídica do título ao portador. Porque, em verdade, a reivindicabilidade ou irreivindicabilidade dos títulos inominados toca o cerne mesmo das teorias que se têm elaborado para a explicação científica da cártula circulável.

Três são as soluções principais:

a) Irreivindícabilidade do título contra o possuidor de boa fé.

b)Irreivindicabilidade contra o possuidor de boa fé, salvo em caso de furto ou perda.

c)Reivindicabilidade, nos mesmos casos em que se permite a dos bens moveis.

A primeira identifica as duas situações em que se pode achar o portador: perante o subscritor e perante os possuidores sucessivos.

A segunda distingue-as em espécies, suscetíveis de produzir conseqüências diversíssimas .

A terceira aprofunda ainda mais a distinção~

Para as legislações, convém reUnir as duas últimas soluções numa só, pois que a terceira foi posta de lado, salvo onde, pelo atraso do direito positivo, o título ao portador ainda não realiza a dupla finalidade econômica e jurídica que o caracteriza.

Resolvem pela reivindicação, em caso de furto ou roubo a França, a Bélgica, a Holanda e Portugal (Código Civil francês, art. 2.279, e art. 14; Código Civil holandês, art. 2.014: antigo Código Civil romano, art. 1.909; antigo Código Civil da Sérvia, art. 928; Código Civil português, arts.

533 e 534; cf. Código Civil brasileiro, art. 521, que se refere à vindicação da posse e dá ensejo que se retire da lista).

Pela irreivindicabilidade: a Itália, a Alemanha, a Áustria. a Inglaterra, os Estados Unidos da América, a Espanha, :~ Grécia, a Dinamarca, a Noruega e a Suiça (Código Comercial italiano, art. 57; Código Civil alemão,

~ 935; Código Civil austríaco, §§ 371 e 1.733; antigo Código Comercial húngaro, ~299; Código Comercial espanhol, art. 5.15, 2: Lei grega de de agôsto de 1884, art. 2; Lei dinamarquesa de 21 de junho de 1844; Lei norueguesa de 6 de março de 1869; Código Civil suíço, art. 935).

Também: Leis sobre cámbio da Suécia, Noruega e Dinamarca, de 7 d~ maio de 1880, ~ 76; Lei maritima sueca de 12 de junho de 1891, ~ 168 : 1 Lei marítima Dinamarca lesa de 1.0 de abril de 1892, § 168: Lei maritíma norueguesa de 20 de julho dc 1893, § 168.

Na deu trina, que na Alemanha chegou ao ponto (te luta intelectual, grunos, que defenderam, insuladamente, o seu parecer. Entre os próprios partidários (a teoria da reivindicação dos moveis, havia os contra a reivindicação dos titulo> ao portador.

a) *Teoria da reivindicação dos móveis e irreiviredicabilidade dos títulos ao portador.* Nela estavam N. T. VON

G6N-NER, que dizia atender à natureza jurídica de tais instrumentos, FR. NEBENIUS, E. F. SOUCHAY, J. A.

SEUFFERT e H. SCHELLWITZ, que se pôs noutro ponto de mira (a irreivindicabilidade devido à identidade entre títulos ao portador e dinheiro) -

II. THÕL e J. UNGER foram modernos defensores, mas divergiam em pormenores.

b) Irreivindicabilidade dos títulos ao portador, mas apenas contra o possuIdor de boa fé. Contaram-se CER. FR.

VON MÚHLENBRUCH, C. SCHUMM, L. DUNCKER, J. C. BLUNTSCHLI, F. WALTER e E.

HOFFMANN, que aceitavam a reivindicabilidade, porém não a admitiam contra o possuidor de boa fé. ~ a *teoria da irreivindicabilidade contra o possuidor de boa fé.*

c)Reivindicabilidade dos títulos ao portador. J. A. T. KIND foi o primeiro a sustentar a assimilação deles aos móveis em geral se bens corpóreos. CHR. FR. VON GLÚCK veio depois *(Merkwiirdige Rechtsf dite und Abhandlungen,* III, 132 e 137).

Mais:E. F. voN KERSTORF *(t7ber die Schutzmittet des Eigen tunis an Pa.pieren au porteur in De‟utsch,lo,nd,* 51, 67-73, 85-

-91), que lhes dava a reivindicação e a Publiciana; O. J. A MITrERMAIER, 0. PHILIPS, G. O. TREITSCHKE, F. VON SAVIGNY, GEoiw BESELER, H. 0. GENGLER, O. F. VON GERBER. Tal teoria *é a teoria da reivindicabilidade comum.*

Eis o que escrevia J. E. KUNTZE *<Die Lekre vou deu Inkaberpapieren,* II, 649): “O papel em que se incorpora *3* obrigação é um móvel, como os outros móveis, e dai se conclui que se deve subordinar às regras, que se aplicam, em geral, aos móveis: a primeira conseqUência é a de que o conceito de propriedade, como se formou severamente no direito romano e é fundamento na moderna teoria dos direitos reais, também recai nos papéis ao portador. Com esse conceito de propriedade, vêm as vindicações em seus vários fins”.

Porém já vimos que a função da posse é mais significativa que a da propriedade, nos títulos ao portador. O papel tem, para o proprietário, valor tão pequeno, que se não deve dar à propriedade dele maiores

efeitos, nem mais importância que à posse, de que provém a qualidade indispensável à apresentação ao devedor.

No parecer de J. UNGER *(Die rechttiche Natur der Inhaberpapiere,* 136 s.), a propriedade de um documento de prova pode não coincidir com a do crédito, como se dá em vários casos de documentos. Às vezes a escrituração, ou a carta dirigida a uma casa, provaria a compra de uma partida de mercadoria a terceiros. De regra, se alguém tem o *direito* e o *papei,* esse é acessório. Assim, portanto, quem tem o direito emanado do papel tem por igual o direito ao papel. Conforme mostramos, a concepção do papel como pertença do crédito, *nos títulos ao portador,* é de repelir-se. Exatamente, a respeito dos títulos ao portador, não pode ser dito que há pertinencialidade do papel, ficha ou outro material.

A explicação de .1. UNGER não era suficiente. Em verdade, nos títulos ao portador, o direito *ao título* fica coexistente ao direito *do título;* mas longe de nós afirmarmos que a relação jurídica entre subscritor e portador crie a relação táctica da posse, quando, por exemplo, o possuidor desapossado por furto não pode exercer o seu direito, enquanto não se lhe dá nóvo título; com maioria de razão nos países onde a substituição é dificultada e a boa fé por parte do terceiro estanca no possuidor esbulhado a situação jurídica. A proposição de *J.* UNGER *(Die rechttiche Natur der Inhaberpapiere,* 138 *t)* levaria, talvez, à ação de dano. E fora reduzir o título ao portador a simples documento de crédito, sem nenhum elemento real à parte.

Melhor fora atentar no fenômeno e perceber a evolução das ações, quer pelo contacto dos sistemas de direito romano e germânico, quer pelo desenvolvimento das doutrinas modernas de posse e de circulação mercantil. Já em J. E. KUNTZE *<lhe Lehre vou dai Inkaberpapieren,* II, 649) se lê notável referência a ação da posse mais velha, em lugar da romana *Publiedíxna acUo.* ~ Não tem essa ação melhores caracteres para a defesa dos desapossados, no terreno do instituto?

Se o direito de apresentar deriva da posse do titulo, por que se não há de resolver tudo, possessóriamente?

Todavia, o direito brasileiro tem a ação de vindicaçap da pane (Código Civil, art. 521) e a ação reivindicatória (Tomo XV, § 1.746). Quem não pode reivindicar contra o possuidor de boa fé é o subscritor, porque foi ele quem imprimiu circulabilidade à cártula.

Nas relações jurídicas entre subscritor e sucessivos possuidores do

título, por isso que o elemento mais expressivo é o *valor* oriundo da promessa, e não o do papel em si, e porque aquele depende da posse e não da propriedade, fora absurdo atender-se ao mínimo, em vez *de* ao máximo, à propriedade, em vez de à posse. Não nos serviria com inteiro rigor a ação publiciana, salvo se a acomodássemos ao direito e às condições da totalidade social da vida moderna, o que lhe tiraria o caráter romano. Impunha-se, portanto, outra solução; e deu-a, talvez com felicidade, o Código Civil brasileiro. Quem é o dono do papel perde a propriedade dele pela perda da posse, salvo se houve furto ou perda, e isso não afasta a concepção de uma propriedade do papel. Fora de estranhar que o proprietário da cártula perdesse a propriedade dela por um meio que não fora nenhum dos que a lei reconhece para a perda da propriedade móvel; mas isso se explica, material e juridicamente, pelo fenômeno vulgar das perdas de coisas sem valor, o~ cigarro que cai da janela do trem de ferro, o fósforo, o botão e mais nonadas que constantemente perdemos sem que pudéssemos triunfar numa ação de perdas e danos contra quem fumou o cigarro, usou o fósforo, ou alfinéte. Os caixeiros não podem doar: mas será válida a doação que fizerem, de um alfinête, à freguesa, que dele no momento precise. O direito não cogita dos valôres que sejam irrisórios.

A atenção das doutrinas e de algumas legislações à posse de boa fé provém de confusão que temos apontado e convém que ponhamos ao vivo a cada momento propício. a) O subscritor nada pode contra o possuidor de boa fé em relação a ele. é credor e está exposto a que se lhe apresente o título. *b)* Isso nada tem com as relações jurídicas entre o primeiro possuidor e qualquer dos outros possuidores até o último. O elemento "posse de boa fé" pode surgir e ser elemento para objeção, mas essa boa fé nada tem com aquela a que acima aludimos, que é a boa fé *em relação ao subscritor.* A boa fé, que se pode apreciar, em certas circunstâncias, na série dos possuidores,

c a boa fé em que estava o adquirente, ao adquirir a posse d0 titulo, mas essa boa fé é em *relação* ~o *alienante.*

Quem quer que aprofunde o estudo dos títulos ao *pai* tador fácilmente percebe que os juristas levaram séculos para se libertarem da confusão.

§ 3.760. Reividicabilidade dos títulos au portador

1.ELEMENTOS PARA A RESOLUÇÃO DO PROBLEMA. O

Código Civil, art. 1.509, suscita a questão da reivíndicabilidade dos títulos ao portador. Temos, pois; de

-ventilá-la com os elementos que a lei e a teoria seguida nos fornecem. Diz o art. 521, pertencente ao direito das coisas: “Àquele que tiver perdido, ou a quem houverem sitio furtados, coisa móvel, ou título :ío portador, pode reavê-los da pessoa que os detiver, salvo a esta o direito regressivo contra quem lhos transferiu”. No parágrafo único: “Sendo o objeto comprado em leilão público, feira ou mercado, o dono, que pretender a restituicão, é obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou”. A regra jurídica proveio tia Comissão Extracongressual (1902>, que Visivelmente copiara, na redação, os arts. 707 a 709 do antigo Código Civil italiano, que supunha a própria regra *E"n fait de meubles, possession tatU titre (Código Civil brasileiro, Trabalhos relativos à sua elaboracdo,* 1, 434 e 737) .No Projeto revisto, art. 611, disse-se: “Não se tratandn de universalidade, a posse das coisas móveis e dos títulos ao portador produz. a favor de terceiros que adquiriram de boa fé, os efeitos de título. Todavia, aquele que tiver perdido a .coisa móvel ou titulo ao portador, ou aquele a quem forem furtados, pode reavê-los da pessoa em cuja mão se acharem, salvo a esta o direito regressivo contra quem lhos transferiu”. Parágrafo único:

“Sendo o objeto comprado em leilão público, feira ou mercado, o dono que pretender a restituição, é obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou”. Felizmente, porém, foi eliminada (1902) a primeira parte, que rompia em absoluto com as tradições jurídicas.

A lei já largueara facilidades à circulação, com a exclusão de exceções do subscritor contra o possuidor de boa fé. A reivindicação justifica-se no direito comum, que rege as coisas. Se aos títulos cria a lei menor reivindicabilidade, ou se outra lhes nega qualquer sequela, só o faz como simples medida exterior para maior facilidade de negociação, e não como impulso principal à circulabilidade dos títulos.

A conversão em títulos nominativos, a preferência desses para os que os querem guardar e a só procura dos títulos ao portador pelos banqueiros, negocistas e jogadores de bôlsa, são fatos que bem demonstram luta dos proveitos e das desvantagens. Entre os dois processos, . optamos pela vindicabilidade da posse, como a tem o art. 521: manteve-se ao titulo a fácil transmissibilidade, sem se lhe tirar a outra, de valor utilizável pelas várias classes sociais, os que têm cofres e os que os não têm, os que compram para vender e os que adquirem para si e fiam das leis a proteção contra os furtos e as perdas infelizes. No balanço dos prós e contras, as vantagens ficam sobejas.

O art. 521 do Código Civil foi pôsto no Livro II, Título 1. Capitulo IV, referente á *perda da posse,* e não" onde se trata de ações possessórias. De qualquer modo, nada tem com a propriedade, nem com a perda do proprietário. O problema inicial de interpretação era o de verificar se a ação, que no art. 521 se confere, é *petitória,* ou *possessória.* Quanto a ser ação de restituição (vindicação) da propriedade, ou de restituição (vindicação) da posse, não merecia ser levantada devido aos termos do art. 521 e à sua colocação no Código Civil.

Tinha-se, porém, de examinar até que ponto a vindicabilidade da posse do titulo ao portador configuraria a vindicabilidade da propriedade.

Quem adquire cambial ao portador ou com endosso em branco deve sofrer as conseqüências do furto ou perda, no caso de ir o titulo à mão de um possuidor de boa fé, porque esse o recebeu certo dos inconvenientes oriundos da comerciabilidade do titulo; não assim quem compra apólices ao portador: na maioria dos casos não pretenderá negociá-las, mas, apenas, empregar dinheiros em títulos de crédito suscetíveis de mobilização imediata, o que leva a cabo, se lho impuserem as circunstâncias da vida. Merece maior proteção da lei a vitima do furto de uma apólice do que o comerciante a que foi subtraida uma cambial.

Bastariam tais argumentos para justificação da diferença entre o direito civil e o cambiário, como se dá no direito brasileiro.

Mas o problema capital é o de se assentar se, no plano da propriedade, a reivindicação pode ir além da vindicação da posse. Noutros termos: se, fora dos casos de perda ou de furto, pode haver vindicação da propriedade contra o terceiro possuidor.

2. ANÁLISE DOS ARGUMENTOS PRÓ E CONTRA A REIVINDICABILIDADE. Eis o que escrevia AMBROISE BUCHÉRE *(Tratté théorique* a *pratique des Valeurs rnobiiêres,* 489 e 492) : "Os títulos ao portador apresentam, por sua forma e modo de transmissão, que é a simples tradição, sérios perigos de perda e destruição... Se a ausência de legislação especial sobre essa matéria trazia graves dificuldades, em caso de destruição dos títulos por acidente ou força maior, os proprietários desapossados encontravam outras tantas em caso de perda ou furto de seus valôres. Podiam eles, é certo, invocar as normas do art. 2.279 do Código Civil, desde que se achassem nas condições previstas por esse artigo, isto é, se descobriam seus títulos em mãos de terceiro, no período de três anos a contar do dia da perda

ou de roubo. Em tal hipótese, tinham direito de reivindicação contra o terceiro detentor, porém as mais das vezes esse direito era ilusório em suas mãos. Havia comprado os valôres reivindicandos, na Bôlsa, ou em casa de um canibista, cuja profissão é vender títulos dessa natureza, e não consentia na reivindicação senão em se fazendo reembolsar do preço de sua aquisição, conforme o art. 2.280 do Código Civil". A situação de direito objetivo, que se crítica no texto de tão grande conhecedor de assuntos mundiais de praça, como foi AMEROISE BUCHtRE, seria, integralmente, salvo o prazo de preclusão, o da aplicação exclusiva do art. 521 do Código Civil: os baldões, que se lhe atiraram, não derivavam da perniciosa permissão de reaverem os títulos, como se assacou ao art. 521v mas justamente o contrário: não dar, além da vindicação, maiores garantias ao proprietário furtado ou a quem perdeu o titulo. Cumpre atender-se a que o Brasil, com O seu desenvolvimento agrícola, as suas indústrias, não está na situação da França de 1881, onde talvez se pudesse justificar a exclusão da furtividade ou juventividade das coisas móveis, como sinal *erga omnes,* no caso especial dos títulos ao portador. Mais ainda: o Brasil nunca teve, sequer, a regra *En fa.it des rneubles, possession vazd titre,* como a tiveram, desde tantos séculos, os Franceses, de modo que fosse a reivio dicabilidade exceção e a irreivindicabilidade o princípio.

A única coisa que se poderia invocar para se assentarem princípios de irreivindicabilidade contra o possuidor de boa fé seria a da circulação vertiginosa. Ora, essa razão, que existia em França (estavam em circulação, em 31, de dezembro de 1906, conforme o *Rulletin de Statistique et de Législatio*"*n com ponte,* Ministêre des Fínances, valôres mobiliários no cômputo de mais de cento e trinta e três milhões de francos. onde os grandes capitais empregados em valôres mobiliários a perfariam), não bastou para se adotar o principio absoluto, e persistiu a exceção à regra do direito costumeiro, que o art. 2.279 do Código Civil francês reproduziu. Nem mesmo, depois da lei de 1872, se cogitou de revogá-la. No Brasil, onde a razão não existe, pois os capitais em sua maior parte estão em valôres imobiliários, a derrogação aos princípios gerais seria ato de futurismo jurídico, que só a má assimilação do direito estrangeiro poderia insinuar como necessidade pública.

O art. 521 não faz outra coisa, quanto à extensão da faculdade vindicatória, do que adotar solução parecida com o principio francês dos títulos furtados ou perdidos. Apenas em nosso direito há as seguintes diferenças: a) a ação é vindicatória da posse; *b)* não temos o prazo de preclusão.

Não temos o prazo de preclusão, dissemos. Isso de maneira nenhuma

significa a perenidade da ação de vindícação da posse. Pode haver usucapião, segundo o Código Civil, art. 618 (título e boa fé), ou segundo o art.

619 (sem titulo e sem boa fé, ou com título e má fé, ou sem título e boa fé).

Mas o art. 521 não era sôzinho no direito brasileiro, como eram os arts. 2.279 e 2.280 do Código Civil francês.

Tem-se o art. 1.509 do Código Civil brasileiro, com a providência da oposição ao .pagamento, regra jurídica de direito material, e o Decreto legislativo n. 149-E, de 20 de junho de 1893, em que se continha o direito formal.

Não nos cabem, pois, em sua inteireza, as críticas de AMBROISE BUCHÊRE ao direito francês napoleônico em matéria de títulos ao portador; a. lei brasileira

acudiu ao que se impunha em favor do portador vítima dc perda ou furto: deu-lhe, no essencial, o que ao direito francês trouxeram as Leis de 15 de junho de 1872 e de 8 de fevereiro de 1902.

A Lei francesa de 15 de junho de 1872 estabeleceu (art. 14) : "A l‟égard des négociations ou transmissions de titres antérieures à la publication de l‟opposition, il n‟est pas dérogé aux dispositions des arts. 2.279 et 2.280 du Code Civil".

Nada vemos de ilógico, de absurdo, em que tenhamos para o direito brasileiro a mesma situação de amparo ao portador do título que tem a França.

A doutrina francesa, diante da massa assoberbante de títulos estrangeiros, no coméço do século (havia, em 1907, mais de sessenta e quatro bilhões de francos) não cogitou de excluir a proteção reivindicatória que sempre reconheceu ao proprietário vítima de furto ou perda (AMBROISE BUCHtÊRE, *Traité théorique et pra tique des Valeurs mobjilêres,* 600 s.). Quanto às negociações anteriores à oposição, manteve-se ~*i* aplicação do Código Civil: a negociação é válida e o adquirente não fica exposto à reivindicação, salvo nos casos de perda e furto; por sua vez, ele conserva o direito de se fazer indenizar pelo reivindicante no caso do art. 2.280 do Código Civil francês (MARCEL PLANIOL, *Tra.ité élémentaire de Droit civil,* 1, 767) E. THALLER, *7‟raité élémentaire de Droit comntercial,* 478 s.). Note-se: os civílistas e os comercialistas franceses reputavam fracas (E. THALLER, *Traité élémentaire de Droit commercial,* 478 s.) as garantias ao

proprietário injustamente desapossado (perda ou furto).

Admirável é, pelo aberrante, pelo esporádico e pela improcedência, que se tenha pretendido ver no Decreto legislativo n. 149-E, de 20 de julho de 1893, a *irreivindicabiUdade.* Foi autor de tal interpretação, sem par em toda a vida jurídica brasileira, INGLÉS DE SOUSA, embora UBALDINO DO "MARAL, em discurso que proferiu no Senado, a 29 de setembro de 1891, autor que foi do projeto, declarasse serem outros os intuitos da lei: "Entretanto, como se podem dar casos de perda ou subtração, facilitam-se àquele que se vê despojado do título alguns recursos para provar a sua propriedade, mas sempre mantida a presunção em favor do portador".

Aventurou INGLÊS DE SonsA *(Títulos ao portador,* 175 e 178 s.) "A amplitude que, à primeira vista, parece resultar da redação, algum tanto confusa, do art. 1.0 da lei, viria pôr sempre em risco a segurança de todas as transações sobre títulos ao portador, criando-lhes os mais sérios embaraços e dificultando a circulação de tais títulos, que se - pretendeu, entretanto, favorecer. Não podia estar no intuito do legislador o decretá-la, além do que seria antagônica com a disposição do art. 13, que só anula a negociação de títulos furtados ou perdidos, *quando feita depois da publicidade legal do extravio...* O nosso legislador teve antes por intuito aproximar-se, neste ponto, do sistema Halo-germânico, que já fora o preferido pelo autor do Decreto n. 917". A adoção do sistema italo-germânico foi atribuida ao Decreto n. 917, referente a falências; uma lei, portanto, especial. O

autor esteou-se em acórdão da Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 22 de fevereiro de 1894. Para vermos do valor de tal decisão, basta advertir-se que, nos primeiros considerandos, admitiam a existência, no direito brasileiro da regra *En fait des meubles, possession va.ut titre.* Note-se ainda: quando teve de ferir, de frente, a questão, vacilou o acórdão e fêz as interessantes considerações que reproduzimos: "É, portanto, evidente que, omissa a nossa legislação comercial acêrca do direito de terceiro de boa fé, que adquiriu ou recebeu em penhor a *non doininus* títulos ao portador, inaplicável a êste ponto o direito civil pátrio sobre a reivindicação e prescrição em seu prístino rigor, devem ser admitidas, para regulá-las, disposições das legislações estrangeiras, que mais se harmonizem com a natureza de tais títulos, e estas são as que reconheceram o direito daquele terceiro, salvo os casos de furto ou perda, porque, nestes casos, como ensinam os jurisconsultos, não se pode imputar como nos outros imprudência ou mesmo desconfiança, e, pode-se acrescentar, porque nestes casos os recursos públicos e imediatamente empregados pelo dono para reaver a coisa perdida ou furtada devem servir do

aviso aos terceiros, de sorte que, pelo menos, se torna duvidosa a boa fé dêstes (Código Civil francês, art. 2.279; *[antigo]* Código Civil italiano, arts. 707 e 708; Código Civil austríaco, act. 867; Código Civil holandês, arts. 806 e 807). E releva notar que êste último código vai ao extremo de excluir a reivindicação, e excluir o terceiro adquirente ou credor proprietário, quando mesmo os efeitos ao portador forem furtados ou perdidos". A ementa, que do acórdão fêz INGLÊS DE SonsA, não foi fiel: disse mais do que naquele se encontra.

O que o art. 13 do Decreto legislativo n. 149-E, de 20 de julho de 1893 estabelecia era a *nulidade* para os casos de compra feita na bôlsa, ou em mercado, casos em que, em princípio, no direito de onde o autor do projeto o tirou (direito francês), se teria de reembolsar o reivindicando, se operada a reivindicação. O transplantador da lei tinha em vista o modêlo francês (Lei de 15 de junho de *1372,* art. 12), onde se falou na ineficácia da negociação ou transmissão posterior a publicidade da oposição. Mas, em França, o art. 14 da referida lei, atendendo a que a regra, ali, era a irreivindicabilidade dos móveis, providenciou a fim de que não se entendesse a permissão de reaver apenas no caso do art. 12 (aquisição após as providências).

O legislador brasileiro não cogitou da advertência, ou porque não pretendeu derrogar o direito existente (Acórdão da Relação da Côrte, de 16 de fevereiro de 1855), ou porque confiou em interpretação leal e, quanto possível, exata da lei.

8.A IRREIVINDICABILmADE MOBILIÁRIA EM FRANCA. A evolução do direito francês quanto à irreivindicação dos moveia foi expressiva. No período que vai do século VI ao seculo XIII, o direito francês, fiel às suas origens germânicas, não permitia a reivindicação ao proprietário, para reclamar, nessa só qualidade, a coisa móvel, *cuja. posse perdera.* Mas, negada a *rei vindicatio,* não se poderia negar-lhe outra ou 9utras ações; e daí a *ação contratuai contra o depositário,* ou quem a tomou de empréstimo, mas nunca a ação contra terceiros *(Livre de jostice et de plcts,* L. XIX, T. 35, § 3: "Et si aucun engage choses que l‟en li ai prestées, li gages c"st"), e as ações de furto *(demande de furth‟e)* e pedido de coisa tirada ou perdida, que, originâriamente penais, tomaram, depois, o caráter de reivindicação, pois seguiam a coisa em todas as mãos, "oàqu‟elle soit alée", como dizia P. DE BEAUMANOIRAssim, pois,.havia o princípio *Mobilia non habent sequeIam,* conforme o direito costumeiro, salvo se a coisa era furtada ou perdida. As exceções concerniam apenas à coisa que se desencaminhava sem a vontade da pessoa, ou, para explicar um fato

antigo por fato nôvo, se a posse imediata foi perdida pelo proprietário e sem vontade dele.

Desde o século XIV começou o princípio (la reívindicaço, pela influência do direito romano, com que, aliás, lutou o <lireito francês. No século XVI assenta-se, o princípio romano; o principio *Tliobilia non habent sequelam* cessou de ser verdadeiro para os proprietários. Veio, depois, a reação, no século XVII, com o fato de reduzir-se o tempo da ação e o de recusar-se aplicação, de todo, em certos casos, como o abuso de confiança. Voltou-se, assim, ao ponto de partida, embora por sinuosidades de relevante expressão histórica.

A irreivindicabilidade <já em torna viagem) vê-se em BOURJON e em VALIN, que apresentam o velho e renovado principio: dá-lhe esse o motivo racional; e aquele, o argumento jurídico. O proprietário confiou a alguém; a confiança não pode, portanto, prejudicar o comprador de boa fé (VALIN) o depositante, pelo direito costumeiro, é credor ordinário, quando a coisa não se acha mais is *natura* (BOURJoN). Como se observa, o primeiro argumento fere a questão, o segundo nada mais é que falso motivo lógico para se chegar à conclusão que se desejava. A fórmula atribuida a BOURJoN passou ao Código Civil francês (art. 2.279) : “En fait de nieubles, la possession vaut titre. Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve, sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient”.

Fórmula obscura. Mais do que vaga, embaçada. E mais do que inexata, falseante. “Néanmoins”, diz o texto; e erra quem veja ai a única exceção, pois a regra falha em outros casos e a exceção mêsma se subordina a interpretações discordantes da feição aparentemente taxativa. “Possession”. diz a lei; e no entanto não se pôs em dúvida fosse apenas a de boa fé.

No art. 2.280, o Código Civil francês estatuiu: “Si le possesseur actueI de la chose volée ou perdue !„a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d‟un marcbant vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu‟en remboursant au possesseur le prix qu‟elle lui a coúté”.

Tais regras, copiadas por outros códigos civis, são aplicáveis, em França, aos títulos ao portador, dc modo que se assimilaram aos mercados públicos as bôlsas de comércio (THÉoPHILE Huc, *Comnientaire théorique út pratique det Code Civil,* 14, 656 s.). No mesmo

sentido, a jurisprudência pacífica desde 1889, salvo decisão anterior, de que não temos notícia.

Assim, pois, é o seguinte, em síntese, o sistema francês-

a) O título ao portador, como bem móvel, é irreivindicável contra os possuidores de boa fé: ~ *(<xii de inúublts.*

).

b)Mas, se o título foi furtado ou perdido, é possível reavê-lo, ainda contra o possuidor de boa fé.

O legislador temeu facilitar a apropriação culposa de móveis e títulos perdidos, com permitir a quem os achasse ou furtasse o simular, em proveito de terceiro, venda, ou outro negócio jurídico, cuja fraude não seria fácil ser provada.

A posse que no direito francês vale título é a de boa fé. de modo que a exceção ao art. 2.279 do Código Civil francês não teve outro fim que o de permitir a reivindicação (F. MOURLON, *Répétitions écrites sur les trois examens du Code NaiJÕléon,* III, 906 s.).

Temos, pois, de examinar o direito brasileiro, em comparação com o primeiro e o segundo principio.

§ 3.761. Posição do problema no direito brasileiro

1. DIFERENÇAS NA HISTÓRIA DO TITULO AO PORTADOR. A história do título ao portador, quanto à reivindicabilidade, no Brasil, é em certo modo o inverso do que se operou em França.

Ali, em virtude do princípio **En fail de meubles, possesion vaut titre,* o possuidor destituído, ou de quem se perderam títulos, nenhum meio tinha para cobrar a dívida, salvo a reivindicação. Foi a Lei de 15 de junho de 1872 que criou, por inspiração de J. LEVEILLÉ, um remédio, se não perfeito, pelo menos de indiscutível eficiência: a *oposição.*

No Brasil, passou-se da reivindicabilidade ampla dos mó" veis à exceção a favor do título ao portador. O

princípio francês, nunca o teve o direito civil brasileiro, a despeito de uma ou outra citação desatenta, com que enfeitavam seus discursos alguns parlamentares mais fugidios ao direito, alguns juizes menos graves, ou algum tresledor de livros franceses, que não prestavam atenção, como devera, ao sentido da expressão *"vaut"* no brocardo francês. O terreno, em que caiu o instituto, relativamente nôvo para os latino-americanos, foi, r~o Brasil, diferente do que corresponde ao direito francês. Aqui não se conheciam os princípios: **Mobilia non h4bent se quelam, Les meubles n"on pas de suite,* Habe hat kein Geleit, *Possesso vai titolo.* Nem sequer se formou na língua vernácula o brocardo, tão escusado fora nomear o que não existia.

A fonte imediata do art. 521 é o antigo Código Civil italiano, arts. 798 e 709, de que não apresenta, aliás, simples tradução, nem tem o mesmo conteúdo. Eis os textos: Art. 708:

"Colui perá che ha smarrita la cosa o che ne fu derubato, puà ripeterla da queilo presso cui la trova, salvo a questo il regresso per indennitá contro colui daí quale n"lia ricevuta". E, adiante, no art. 709: "Se perá l"attuale possessore della cosa sottratta o smarrita l"ha comprata in una fiera o in un mercato, ovvero all"occasione di una vendita pubblica, o da un commerciante che faccia pubblico spaccio di simili oggetti, il proprietário non puô ottenere la restituzione della cosa sua, se non rimborsando il possessore delle prezzo che gil é costata". (No Código Civil italiano *(vigente!),* art. 1.994, estatui-se: "Clii lia acquistato in buona fede ii possesso di un titolo di credito, in conformitá delle forme che ne disciplinano la circolazione, non é soggetto a rivendicazione". Muito diferente, hoje, a redação, porque se adotou, nessa exceção, o princípio da irreivindicabilidade contra o possuidor de boa fé.)

Não é pois idêntico o art. 521. E as diferenças, invisíveis a quem lesse superficialmente os textos, ressaltam de modo evidente, se atendermos a que a teoria de posse, no direito civil italiano, não era nem é a teoria de posse, segundo o direito brasileiro. O que pode reaver, na lei italiana, é o possuidor a título de proprietário, que no art.

709 recebe a denominação mesma de proprietário, e o é, em virtude do art. 707, que não se encontra em sistema jurídico brasileiro (antigo Código Civil italiano, art. 707: "Riguardo ai beni mobili por loro natura ed ai titoli aí portatore, il possesso produce a favore dei terzi di

buona fede l‟effetto stesso deI titolo. Questa disposizione nofi si applica all‟università dei mobili”.

Fonte formal, o texto legal da Itália, não se pode considerar a fonte mental do art. 521; e cremos que não esqueceu isso CLóvís BEX‟TLÁQUA, quando pospôs, em suas informações de legislação comparada *(Código Civil comentado,* III, 45 sã, aos dois artigos, a nota lacônica: “fonte”, pois reconhecia ter sido eliminada a primeira parte do art. 611 do Projeto revisto, correspondente ao art. 707 do Código Civil italiano, por estar em contradição com o sistema do próprio Projeto, e, em particular, com o art. 720.

Não procede, portanto, nenhuma assimilação da doutrina brasileira à doutrina francesa ou à doutrina italiana de outrora (a *fortiori,* de hoje), que, se formalmente coincidia, substancialmente diferia. No sistema jurídico brasileiro, a reivindicação da propriedade móvel é ampla, de acordo com os princípios romanos; contraria, pois, os princípios do Código Civil francês (art. 2.279) e dos que o seguiram. Também não se pode dizer que a teoria seja a do Código Civil alemão (§ 982), ou a do suíço (art. 714, 2,a parte). Naquele, o adquirente será proprietário, ainda quando a coisa não pertença ao alienante, salvo se de má fé ao tempo da aquisição. Nesse, o mesmo sistema prepondera.

Assim, o problema tem de ser resolvido dentro do sistema jurídico brasileiro, atendendo-se apenas à natureza dos títulos ao portador e dos títulos endossados em branco. Quanto àvindicação da posse, há regra jurídica explícita, que é a do art. 521 do Código Civil. Quanto à vindicação da propriedade, urna vez que o sistema jurídico brasileiro não tem a regra jurídica francesa **f~j fait des meubles, possessiofl vaut titre,* a natureza dos titulos ao portador é que há de ser examinada e atendida para se saber até onde pode ir a reivindicação.

2.PROPRIEDADE DAS COISAS MÓvEIS. No Código Civil brasileiro, o possuidor de boa fé não adquire a *coisa* que lhe foi transmitida pelo não proprietário, e só uma exceção favorável se abre: quando o alienante adquire, depois, a propriedade. Sempre foi esse o nosso sistema quanto à reivindicação da propriedade móvel; ao contrário do francês e do italiano, cuja regra é a irreivindicabilidade, mercê do brocardo **En fait de meubles, possession vaut titre.*

Quanto aos títulos ao portador, adiante se discute e se assenta a solução.

A reivindicação é a ação específica do domínio; tem por fim a

vindicação da coisa, isto é, o reconhecimento do domínio, ainda que se ache desmembrado. Não se trata de reconhecimento total dos direitos reais sobre o bem, de modo que à pretensão do autor não se objeta o ser o possuidor, *e. g.,* locatário ou entiteuta, porque um direito convive, perfeitamente, com o outro.

Às vezes resulta da ação restituir-se a coisa, em todo o seu substrato; mas nem sempre se dá isso. Porque o fim dela é restaurar a verdade sobre o domínio, na ordem jurídica; não se destina à proteção da ordem fáctica nas relações sociais, como a posse. Para propor a reivindicatória, o dono do móvel tem, no direito brasileiro, de provar que é seu o domínio e que o réu possui ou dolosamente deixou de possuir.

Tal ação sempre teve, no direito brasileiro, o proprietário da coisa móvel; e o art. 622 do Código Civil mostra que outro não é, ainda hoje, o sistema. Além dela tinha-se, e nenhuma regra legal a aboliu, a ação publiciana, que se move contra *OS* tenedores ou tenedor, ou possuidor não próprio, com a alagação de ter o autor posse hábil para usucapir.

Não se confunde com o interdito recuperatório *(unde vi).* que não compete contra qualquer detentor, mas apenas contra o que praticou a força ou o que dele recebeu, ciente do espólio.

A razão da reivindicatória é o domínio; a da ação publiciana, a posse para a usucapião; a do interdito, a simples posse contra o esbulhador ou contra o possuidor de má fé.

3. NATUREZA DO ART. 521 DO CÓDIGO CIVIL. O Código Civil brasileiro, com inserir no título da posse o art. 521 e ser o seu sistema possessório o alemão, veio dotar o direito brasileiro de mais uma ação, e poucos serão os gabos que a tal iniciativa possamos fazer.

Diante dos arts. 485 e 486 e 493 do Código Civil, e outros, de menor monta, outra não deve nem pode ser a interpretação

do art. 521. Não se trata da reivindicatória, da *Publiciana natio,* ou do interdito *unde vi,* mas da ação de vindicação de posse, expediente alemão, que a ciência moderna muito tem de aplaudir. Voltaremos ao assunto, que merece trato especial.

§ 3.762. A reivindicabilidade e a vindicabilidade da posse no direito brasileiro 1.REIVINDICAÇÂO DOS BENS MÓVEIS EM GERAL. A ação reivindicatéria dos bens imóveis e dos móveis, inclusive, mas só em

casos especiais, dos títulos ao portador, deriva de regra jurídica expressa do Código Civil, no art. 524: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

Não é essa, porém, a ação do art. 521 do Código Civil.

Examinaremos, uma por uma. A ação tutelar do domínio, a *rei vindicatio,* exerce-se como pretensão e ação irradiada do direito de domínio.

“Injustamente os possua”, diz a lei, ao determinar *contra quem* se podem reivindicar os bens.

O Código Civil, no art. 489, diz que não é justa a posse violenta, clabdestina, ou precária; mas óbvio é que esse não foi o sentido em que no art. 524 se falou dos que injustamente possuem (cf. VIRGÍLIO DE *SÃ* PEREIRA, *Manual do Código Civil brasileiro,* VIII, 25 s.).

Seria circunscrever-se a defesa da propriedade, matéria, entre nós, constitucional, à defesa da posse; e criar aos próprios imóveis indefensão que destruiria os princípios assentes nos povos cultos e até naqueles em que é rudimentar o direito.

A França e os mais países, que a imitaram, permitem a aquisição pela posse de boa fé, em matéria mobiliária, mas nenhum a estendeu aos imóveis. No direito brasileiro, mantido pelo Código Civil, sempre se puseram no mesmo pé de igualdade os móveis e os imóveis. No direito brasileiro, a propósito de imóveis, há a particularidade da aquisição da propriedade imobiliária pela *transição* (Código Civil, art. 530, 1).

Enfrentemos a questão.

2.PROPRIEDADE DOS TÍTULOS AO PORTADOR. ~ Refere-se o art. 524 a todos os bens, imóveis e móveis, neles compreendidos os títulos ao portador? Os termos, em que se redigiu. foram os mais amplos, e nenhuma outra regra jurídica se nos depara que possa, ainda em interpretação forçada, constituir exceção ao princípio geral da reivindicabilidade do direito de propriedade.

Nunca se teve nó direito brasileiro a regra francesa „da posse título de aquisição.

Entendia INGLÉS DE SOUSA *(Títulos ao portador,* 174 s.) que “a

reivindicação de títulos ao portador só pode ter lugar contra o adquirente de má fé ou contra aquele em quem a má fé é presumível porque sabia ou devia saber que o titulo oferecido pertencia a terceiro. Em favor do possuidor de boa fé milita a prescrição instantânea da regra **En .fait de meubles, possessiou raid titre".* Com isso, pretendeu negar a reivindicabilidade dos títulos contra possuidor de boa *fé, no caso de perda ou de furto;* mas o absurdo raiou pelo inacreditável: para justificar sua opinião, sob todos os aspectos revolucionária e destoante de nosso direito, foi ao ponto de combater, como bem o frisou LAGERDA DE ALMEIDA *(Direito das Coisas,* 1, 313 s.), "e subverter um dos princípios fundamentais de nosso direito, o qual, ao contrário do direito francês, admite a reivindicação de bens móveis, quer dizer, desconhece a regra *Eu fait de meubles, possession vaut titre,* adstrito como ficou às normas do direito romano".

Nem texto algum de lei permitia o estrangeirismo de doutrina, com que se tentou enxertar o sistema jurídico brasileiro, nem se poderia alegar a impossibilidade material de reivindicação dos títulos ao portador. Podem ser reconhecidos, individuados; a identidade deles pode ser assente por sinais, números, notações, que os caracterizam, ou que foram apostas posteriormente (J. E. KUNTZE, *Die Lehre vou deu inhaber papieren,* II, 652 s.). E nada justificaria, numa legislação em que se permite a reivindicação do dinheiro, quando, circunstancialmente, não-fungível, a proibição legal da reivindicabilidade. O fato de outras legislações vedarem em geral a reivindicação de títulos ao portador não constitui obstáculo à integridade do direito brasileiro, que se conservou fiel aos princípios romanos de reivindicação mobiliária. Se algumas nações têm leis em que se não permite reaver o título ao portador contra o possuidor de boa fé, ainda em caso de perda ou furto (Itália, Alemanha, Áustria, Hungria, Espanha, Dinamarca, Suíça, Noruega), outras, ainda quando adotem o principio *En fait de meubles, possessiou vaut titre,* assentam o princípio excetivo da reivindicabilidade nos casos de perda ou furto (França, Bélgica, Holanda, Romênia, Portugal). A circulação dos títulos ao portador não é maior que a do dinheiro, e o sistema brasileiro sàbiamente autoriza a reivindicação desse quando determinada pela localização, assinalamento. clausura ou infungibilidade por conVenção, como se dá nos penhôres de dinheiro para trazer amostras, ou, excepcionalmente, nos depósitos regulares de moedas, notas ou valôres móvev~

(TEIxEIB.A DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis,* art. 433), nota: ". . .o dinheiro papel ou metálico pode sem dúvida ser reconhecido em sua *identidade.* Estamos concordes, uma vez que de rigor essa identidade seja *individual,* porque não basta que seja especifica"; cf.

LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das Coisas,* 1, 312, texto e nota 12).

A reivindicação tem por fim fazer preponderar a propriedade sobre a posse; e foi nesse sentido que H.

DERNEURO *(Pa.udekten,* 1, 522 s.), com a visão da procedência bilatera! da *rei vindicatio* na antiguidade romana, a considerou 1W entre a propriedade e a posse: "der Besitz im Widerstreit zum Ligentume", de modo que a *decisão* resolve o conflito. Nunca se devem desprezar, no conceito moderno, a origem e a primeira natureza, digamos assim, das instituições e dos fenômenos jurídicos, porque, íntima e profundamente, há, ao longo da evolução, a mesmeidade de essência sob a diversidade de forma, de aplicação imediata e de circunstâncias. A *rei vindicatio* foi, nos pródromos do direito romano, a principil ação dupla.

3. PRECISÕES SOBRE A QUESTÃO. Chegamos, assim, a questão máxima: j,podem ser reivindicados títulos ao portador, em virtude do art. 524? ~.Quais os limites para a reivindicação?

Títulos ao portador são, com o contacto com o *alter* digno. títulos de crédito, valôres, meios de circulação. Para o nascimento do direito de apresentação basta a posse: a situação possessória constitui, portanto, o traço princinal, o fundamento dele; e o fim de tais títulos, que é *circular,* deve preponderar no todo inorgânico, que é o papel. O direito de crédito. antes de se compor a relação jurídica de obrigação, entre subscritor e apresentante, já desmaterializa, por bem dizer, o papel, que continua de ser, como em todos os títulos de crédito. a função de instrumentar o próprio crédito. Já vimos como improcede a afirmação da acessoriedade do crédito, nos títulos ao portador; portanto, é de repelir-se a afirmação de

J. W. J. BORNEMANN *(Systematische Darstellung des preuss*"*ischen Civilrechts,* III, 137 s.), sobre ser o papel, no título ao portador, o principal e o crédito o acessório, a pertença. Há a *incorporação* do crédito no papel.

Notemos agora, simplesmente, uma das conseqüências de ser o direito de apresentar, pela importância da função, o elemento capital, a ponto de espiritualizar, a bem dizer, a *res nwbilis,* que há no papel. Viu-o N. T.

voN GÓNNER mais acertadamente do que quase todos: o título aparece juntamente com o crédito, não como um "accessorium", não como algo do direito de crédito, corporalmente diverso dele, mas

fundido com esse direito num só ser.

A expressão “fusão” é assaz adequada. Fusão é o que se dá. A incorporação alude a isso, porque vê a fusão, embora do lado do papel. Do lado da promessa, teria de ver o crédito mesmo incorporar-se no título.

O que importa para que se adquira a propriedade do título de crédito é o *titulus* e a posse. Em princípio, portanto, quem tem título e posse, dono é. O que pode acontecer é que essa posse seja *vindicável.* de jeito que faltaria o elemento posse. Em conseqUência, quem tem posse vindicável e, a *fortiori,* restituível (em ação possessoria contra o possuidor), não é dono do título ao portador e está sujeito à ação de reivindicação.

Em virtude do art. 521 do Código Civil, é vindicável a posse contra quem quer que seja, se o autor da ação foi vítima de perda ou furto.

4. EXERCÍCIO DA AÇÃO REIVINDICATÔRIA DE TÍTULOS AO PORTADOR. Para levar-se a cabo a reivindicação de títulos ao portador, faz-se mister, como em toda a ação a respeito de domínio de móveis ou imóveis, a *prova de domínio* e o poder

láctico por outrem, que há de ser o réu. Mas ~ como se há de provar o domínio? Além do título, é preciso que se individue a coisa móvel, inclusive o título ao portador. Não basta a espécie, porque, se os móveis podem ser observados em gênero ou em espécie, certo é que a fungibilidade não acaba na especificação: há, nos móveis especificados, fungibilidade menor do que a dos móveis tidos em gênero, mas nem por isso, bem que menos intenso, é menos seguro o caráter de matéria fungível. Não há diferença qualitativa; mas, apenas, quantitativa.

Espécie e gênero são termos gerais, e não conceitos singulares.

O autor, na reivindicação, deve produzir as notas individuantes; sem elas persiste a fungibilidade, a irreconhecibilidade individual dos títulos ao portador.

Muito se tem confundido a posse, de que são conseqüência o direito de apresentar o título e a pretensão a receber, com a propriedade do título, ou com a posse, sem ser *diante* do subscritor. A propriedade e a posse prevalecem contra todos, porque se não fundam na relação criada pela inserção da promessa unilateral do subscritor, mas no direito de propriedade do papel, em que se incorpora o crédito,

conceito que independe daquele. Não se trata, aí, de elemento real, diferente, pois do elemento pessoal, mas de duas *ordens distintas de relações jurídicas,* de dois direitos inconfundíveis entre si: um, decorrente da posse e consistente no direito de apresentar o título *(ius exhibendi)* e se fazer titular da pretensão; outro, que independente da própria posse o domínio, ou é a posse em si mesma.

O único ponto de contacto que há entre o proprietário do título ao portador e o subscritor é o expediente do art.

1.509. em que se permite vedar, por meio de intervenção judicial, que o possuidor ou tenedor receba o capital, ou seu interesse.

Já vimos, no Tomo XXXII, § 3.692-3.694, qual a natureza daquele direito, simples direito contido em toda posse (direito de exibir) e apenas com efeito nôvo, decorrente da promessa, escrita no papel possuído~ e da lei, que lhe atribuiu> vincularídade e aos possuidores poder de transmissão (VolImacht), razão por que o senso genial da prática preferiu *portador* a *possuidor,* "porteur" a "poásesseur", "Inhaber" a "Hesitzer".

O direito brasileiro não confundiu, nem sequer em 1893, as duas ordens de relações jurídicas.

O Decreto n. 149-B, de 20 de julho de 1893, apenas regulou as que tocavam ao subscritor ou emissor e ao possuidor ou portador. Pôsto que os artigos dele quase se limitem à providência hoje consignada no art. 1.509 do Código Civil. nada nele se descobre que possa constituir limite ao estatuído nas leis comuns quanto à reivindicação das coisas móveis.

Eis palavras de um jurista, a propósito do Decreto n. 149-B, de 20 de julho de 1893, sobre concisas, insofismáveis e exatas: "Há nos títulos ao portador duas ordens de relações: a de portador para emissor; a de portador para dono dos títulos, porque o direito que explica a aquisição de tais títulos é domínio . O Decreto n. 149-B, de 20 de julho de 1893, faz referência às relações da primeira espécie, entre portador e emissor; as providências que estabelece são destinadas, todas, a resguardar o direito do dono quanto ao recebimento das rendas, cupões, importância de resgate, etc., dos mesmos títulos, e guarda silêncio quanto às relações entre proprietário e portador ou detentor, que é sobre que versa a questão da reivindicação (LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das Coisas,* 1, 813 s.).

Não advertiu nisso INGLÊs DE Sousa . Daí a extravagante doutrina, que pretendeu implantar no direito brasileiro, tão digno de maior defesa e reação a adulterações produzidas por princípios alienígenas. No estado atual e em todos tempos do direito brasileiro, em matéria de reivindicação, não se podem, sem contra-senso sem evidente absurdo, sem indiscutível degradação dos mais constantes traços de direito autônomo e nacional, receber, sem pertinência, princípios franceses, italianos ou alemães. O tumultuário da jurisprudência, a incerteza da doutrina, a ridiculez das vacilações, tudo se deve ao desábito dos bons livros anteriores, das fontes lídimas, e à gafeira deformante das nossas leituras estrangeiras. A ciência de fora é boa quando se tem, para a conter em seus impulsos invasores, a compreensão e o sentimento da nacionalidade em sua mais expressiva manifestação, que é a da concepção e da prática jurídicas. Por isso, principalmente, muito se deve encarecer o trato do direito alemão, porque ali houve e há o amor do sistema romano, e seus pandectistas sempre prodigalizam subsídios inestimáveis à evolução do direito brasileiro, dentro das nossas fontes.

No Tomo VII do *Manual d,o Código Civil brasileiro,* consignou ASTOLFO REZENDE, como se nossa doutrina fora, a opinião de INGLÊS DE SOUSA, quanto à só reivindicação contra adquirentes de má fé, na passagem em que se refere à prescrição instantânea („U), enxêrto inadaptável, na situação atual e na anterior do direito brasileiro. Tanto o comentador acreditou na vigência de tão indefensável principio, que considerou o art.

521 do Código Civil derrogação expressa.

Mas, como acabamos de ver e ainda mais de espaço mostraremos, nem o direito vigente permitia a ilação de INGLÊS DE SOUSA, nem o art. 521 do Código Civil *derrogau* o princípio de irreivindicabilidade: a interpretação da lei é que evita contradição.

E não o derrogou, porque não o havia, nem o art. 521 constitui a criação de mais uma ação reivindicatória, isto é, de vindicação da propriedade, o que seria supérfluo, diante do art. 524. Incluído no título da posse, engastado entre regras jurídicas que adotam sistema nôvo, filosófica e praticamente diverso do anterior, não seria de bom alvitre inquinar de redundante e de mal dividida a matéria do Código Civil, e deixar de atribuir ao art. 521 toda a sua peculiar significação e utilidade. Não se trata de reivindicação de propriedade, como ss tem no art. 524, mas de ação nova, que veio ao direito brasileiro com a transplantação melhorada da teoria da posse, e que lembrou aos juristas alemães após inspirações e meticulosos exames de casos e de

argumentos, durante mais de um século A ação que dimana do art. 521 é relativa à vindicação da posse; de seus térmos, explícito ressalta o ser vindicatória.

Constitui, portanto, pelo conjunto desses dois elementos essenciais, vindicação de posse.

Considerado como documento de valor, que ele é, ao menos para o portador, que se sente garantido com a promessa escrita ou gravada, o título ao portador não pode ser, em princípio, reivindicado, isto é, não se admite a vindicação de propriedade, que é luta entre proprietário e possuidor, o que, aliás, não impede que os títulos postos fora da circulação (prescritos, substituidos, anulados) o possam ser, porque, morto o direito pessoal, o papel se reintegra em sua materialidade pura.

Somente em caso de *furta* oti *perda* é que há a reivindicabilidade contra terceiro possuidor, ou se o reivindicante teria a ação possessória. Sem isso, poríamos em contradição consigo mesmo o Código Civil, que permitiria a vindicação da posse, nos casos de perda ou de furto (art. 521), sem permitir a vindicação da propriedade.

Quanto aos outros bens móveis objeto de propriedade, não há o princípio da irreivindicabilidade, razão por que não se compõe, a propósito deles , contradição do Código Civil consigo mesmo.

A vindicação da propriedade do título só é, pois, admissível nos casos em que o é a da posse. Mais: quando fôr reivindicável , nas mesmas condições, o dinheiro, isto é, quando o elemento pessoal deixa de ser principal ou pelo menos preponderante. Damos um exemplo que tudo esclarecerá: se o adquirente comprou um pacote de títulos juntamente com outros objetos, sem saber que comprou títulos ao portador. Aí, dar-se-ia a reivindicação em quaisquer casos do art. 524, porque os títulos seriam, então, meros objetos reivindicáveis, como os outros.

Será difícil ocorrer o caso da exceção; mas aí fica consignado, como exemplo, pois que o título ao portador se reivindica em todos os casos em que, nas mesmas condições, seria reivindicável o dinheiro.

Quando destinados a alienação, *e. g.,* se pertencem a casa de comércio, cujo ramo é a venda de valôres, são reputados por consumíveis os títulos ao portador (Código Civil, art. 51; cf. CLARA EÇK, Die elterliche Gewalt im 8GB., *Archiu fúr liuirgerliches Recht,* 41, 114).

Nos negócios de confiança, *fiducia rum arnica,* ou no caso do art. 621 do Código Civil, se o objeto fôr título ao portador prevalecem as mesmas regras concernentes aos demais bens móveis (ARTUR SCHÓNY, Treuhandgeschjfte, *Archiv fiir Ehirgerliches Rerht,* 35, 309).

Seriam descabidas tais ações se o título fosse acessório do crédito. Pretendeu E. TRALUER que, na transmissão dos títulos ao portador, como de todos os títulos de crédito, houvesse O tato jurídico da delegação, operação jurídica reputada *e* arcaica e fora de moda ", mas que, ao set.i parecer, "se encontra em muitos fatos da moderna vida comercial", *e. g.,* na transmissão do ativo e passivo de estabelecimento comercial, no transporte por empresários sucessivos, no *clearing hou.se.* na concentração das operações a termo feitas na Câmara Sindical dos Corretores. Não se trata de teoria do título de crédito ou do título ao portador; mas teoria do fato da transmissão. Segundo E. TIIALLEE, na passagem histórica do título-

-mandato para o título-cessão, em que tiveram papéis principalíssimos a estipulação *tibi vel rui ordinàveris* e o moderno instituto, vIu o jurista francês a substituição da *procuração* pela *cessão,* "por associação de idéias inevitável". Mas errou:

num e noutro caso, o que havia era o *pleno poder,* suscetível de evolução *extrínseca,* cujas fases coincidem com os dois conceitos de mandato e de cessão. Mas esses conceitos se fundaram em aparências. Entre o pensamento dos juristas de outrora e o do jurista francês de. hoje há apenas diferença mi-lima: afirmaram eles o que se lhes afigurou, empiricamente; pregou o ultimo o que encontrou suficiente, a seus olhos, para empurrar os títulos de crédito, desgarrados pelas teorias, até o direito comum das obrigações. *Dele gare eM vice sua alium reurn dai-e creditorj vel cvi iusserit* (L. 11, O., *de novationibus et dele qatinnibj,*~ 46, 2). Conseguiu-o ele?

Não; é tão artificialidade do processo de explicar, que de todos os seus trabalhos, principalmente a monografia extraída dos *Annales de Droit com rureial,* apenas nos fica impressão embaçada e vaguíssima.

Vem de J. Uwcrn <Di, *rec&tlic&e fluiu*>- *dvr Inhaberpapiere,* 112 s.) subordinarse ao instituto da *delegação* o que se observa na transmissão dos títulos ao portador; mas logo se opôs a ele e a *J.* E. KUNTZE que na delegação e na novação não se dispensa a participação do devedor. Para comodidade de construção jurídica, tanto é deturpar o velho instituto a fim de explicar o fenômeno abstruso, como deixar em aberto a questão e proclamar a transmissão sem que intervenha o devedor, fato produzido pela evolução intrínseca do direito.

Delegação é substituição de um credor por outro, e tão inaceitável é a pretensa teoria do jurista francês que ele mesmo postola a originalidade do direito (coisa antônima de substituição subjetiva ou delegação) - “Le débiteur s‟oblige envers mi créancier futur et indetérminé”.

No caso do ladrão, j,como admitir-se que se dê a delegação, se ele passa o titulo a um possuidor de boa fé?

Demais, seria tal delegação antecipadamente *aceita* espécie de escravização jurídica, vale dizer aceitação compulsória, o que não parece conciliável com a *delegatio.* Não se trata de teoria, e sim de sincera, mas, aparentemente, insincera explicação do fenômeno da transmissão nos títulos de crédito. Quis ele combater a obrigação formal, sobrevivência, ao que se lhe afigurava, dos atos litúrgicos, mas falhou o processo pôsto a serviço da ousada ficção da *delegatio* nos títulos ao portador: também abstrata era a obrigação do velho e obscuro instituto!

Não é só. Se há identidade de fenômeno na função da lei nos títulos ao portador, nas promessas ao público e nas obrigações por ato ilícito, j,por que, então, manipularem-se teorias acomodatícias que somente expliquem títulos de crédito?

Não há insistir na hipótese de delegação pura, isto e. aquela em que são inoponíveis as exceções derivadas da relação obrigatória com o delegante.

Para se dar delegação. fora preciso que o precedente credor (delegante) delegasse a alguém (delegattârio > o devedor (delegado) e prometesse esse ao delegatârio o que antes deve ao delegante. E foi por isso que recorreu E. THALLER à aceitação prévia, antecipada, e encambulhou coisas díspares: delegação (substituição subjetiva) e declaração obrigatória *ad incerta persona.*

Nada mais perigoso, como se vê, do que se considerar acessório , secundário, de nonada, qualquer aspecto dos fenômenos jurídicos. É examinar o fato por um só dos ângulos. Nunca será possível elidir o elemento real, nem o pessoal, no titulo ao portador; no dia em que o fizer a lei, terá extinguido o instituto: o que dele sobreviver não será ele, mas outra forma, autônoma e recente, da evolução jurídica.

Da construção dogmática, a que seguiram a explicação doutrinária e a coordenação teórica, resulta que os títulos ao podador lograram no Código Civil brasileiro uma das Thais perfeitas e, em certos pontos, a

mais aconselhável estruturação. Não aspirou a lei ao incitamento artificial do instituto, à valorização econômica do título inominado, de jeito que cercasse de todas as garantias o portador atual, coisa de que se podem culpar o Código Civil alemão e outros.

Faca bigúmea, a irreivíndicabílidade protege ~ quem, agora, tem o título, e pode, de repente, perdê-lo ou acontecer que lho furtem; ao passo que a reivindicação parcial, nos casos especiais, ou com o caráter de direito à posse, não fundamenta atende à harmonia do direito nacional, como satisfaz as exigências decorrentes da índole e da técnica do instituto. Demais.

prestam-se os artigos *à* fecunda intervenção da ciência, pelo feitio maleável, geral, de quase todos, e principalmente pela receio que tiveram os formuladores de comprometer a elaboracão dogmática ou a própria doutrina anterior e posterior à lei.

A função da posse é *legitirnante* e *autorizante.* Não há relação de obrigação (só há a de divida) entre portador e subscritor *antes* da apresentação. A apresentação é que é o segundo fato relevante na situação dos dois interessados (cf. A. EL ORTWEILER, *! nhabersrhnldzeirhen,* 40). Antes havia a declaração unilateral de vontade, aparente, como todas, a posse pelo *alter* e a infinidade de eventuais relações jurídicas entre portadores.

O ad. 521 do Código Civil, como veremos, separa-nos de outros povos. No começo , os intérpretes não o compreenderam. Opiniões acatáveis, após exame corrido, sustentaram que ele dizia a mesma coisa.., que o artigo relativo ao domínio. Seria, assim, repetição. Nele e no art. 524 apenas estaria referida a ação de reivindicação, ação de domínio. A 1,a edição do livro *Dos Titulos ao portador* teve de enfrentar a má exegese. E

outra pior: a dos que insistiam em querer, no Brasil, de tradição e textos vigentes tão opostos, o principio **En fait de.~ meubtes, possession raid titre.*

À feitura do Código do Processo Civil do Distrito Federal veio à balha o assunto. Havia texto de direito federal (naquele tempo, a legislação processual era estadual), e esse texto <Código Civil, art. 521> dizia claramente:

“Aquele que tiver perdido, ou a quem houverem sido furtados, coisa móvel, ou título ao portador, pode reavê-los da pessoa que os detenha, salvo a esta o direito regressivo contra quem lhos transferiu”.

E outro estatuia (art. 524) : “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”. ,Seria uma e a mesma a ação dos arta. 521 e 524?

Custa crer-se que se pretendesse isso. Veremos que não só se pretendeu, como corajosamente se insistiu. Na redação do Código do Processo Civil do Distrito Federal refletiu-se a divergência. Mas voz avisada impediu que se baralhassem as coisas. Por outro lado, os juizes, diante dos textos e das observações que havíamos feito, viram que não seria possível identificarem-se regras tão diferentes como os arts. 521 e 524, reduzindo-os às expressões legais da mesma ação de reivindicação, nem, tão-pouco, considerar-se não-escrito o art. 521. Lá estava ele e era preciso interpretá-lo.

Por fim, a comissão do Código do Processo Civil do Distrito Federal resolveu atender à letra da lei, coincidente, na espécie, com a ciência. O resultado foi o que deveria ter sido: a) regular-se a ação de reivindicação; *b)* regular-se a ação do art. 521. O art. 521 supõe dois regimes diferentes: um para as coisas móveis (art. 524) ; outro para as coisas moveis e os títulos ao portador, nas espécies que ele regula. O Primeiro regime é aquele a que poderíamos chamar lei de circulação jurídica das coisas móveis. O

segundo, lei e circulação possessória dos títulos ao portador e das coisas móveis.

No direito brasileiro, os bens móveis não gozam da circulação que lhes conferem outros Estados. lima vez que não se tem a regra **En jait des meubles, possession vaut titre,* reduz-se a bem pouco a circulabilidade das coisas.

A reivindicação vai buscá-la, arrancá-la, apanhá-la, através da série dos possuidores. Não é lugar para discutirmos se é boa, ou má, a doutrina da posse que produz, sempre, a propriedade. Não é a do direito positivo brasileiro. Nunca foi. Os que cometeram o êrro de apresentá-la como sendo a do direito brasileiro viram a repulsa que se seguiu às suas afirmações e às leviandades de jurisprudência mal esclarecida, que os ouvira.

Quanto aos títulos ao portador, o núcleo da questão está no art. 521. Só ele existe, que nos possa dizer alguma coisa. Só ele toca o problema da série dos possuidores.

A fim de melhor nos guiarmos na exposição adiantamos, em síntese, o

que em minudente exame desenvolveremos depois:

a) O art. 521 nada tem com o art. 524.

b) O art. 524 bem que fale de "quem quer que injustamente os possua" a nada de possessório pode referir-se, senão como alusão à posição do demandado.

e) O art. 521 contém vindicatória da posse. Tal noção, que com o dado escrito do art. 521 introduzimos no direito nacional (esse, aliás, com o art. 521, dela não podia prescindir), entrou na jurisprudência, e impôs-se.

d) A ação do art. 521 não se confunde com a ação publiciana: a anterioridade da posse distingue das outras ações a ação do ad. 521.

e) A fonte formal do art. 521 foi o antigo Código Civil italiano, arts. 708 e 709; porém teremos ensejo de mostrar que se obteve, .na realidade, a ação alemã.

A questão da boa e da má fé aparece no art. 521, porque bem que, em tal ação, se vindique, o seu caráter de discussão do direito de posse é evidente.

A ação exerce-se: a) *contra o possuidor imediato; b > contra o possuidor mediato* ; *e) contra o possuidor, ou o possuidor de uma parte "juro divisa".*

Exerce-a o proprietário ou o possuidor, qualquer que seja, sem que se precise alegar e provar a propriedade. É

vindicatória (ia posse, e não da propriedade. Supõe que o autor seja possuidor. Por isso mesmo, não a pode exercer o *servidor da posse:*. Poderia, como qualquer outra pessoa, propor a ação com a *caução de rato.* Houve quem sustentasse, sem razão , a legitimação, no próprio nome, do servidor da posse (MAX GÀRTNER, *Der gerichtliche Schutz gegen Besitzt*"*erbust,* 179).

Os meios de adquirir a propriedade não servem para explicar a fonte *seja* originária, seja derivada do direito oriundo do titulo. Mas questões de propriedade e de posse surgem na cadeia dos possuidores do título.

Enquanto não se apura, a posse produz o seu efeito de legitimar à apresentação.

A construção do direito brasileiro, como teremos ensejo de mostrar, assenta nos seguintes princípios: a) Em principio, a posse de boa fé em relação ao que se diz dono é obstáculo à vindicação na série dos possuidores -mas, nos casos de furto e de perda, a ação do art. 521 pode ser exercida mesmo contra o possuidor de boa fé, de modo que se há de permitir, também, a reivindicação.

Noutros termos: a) a propriedade não dá a lei da circulação dos títulos ao portador, é a posse que a dá; *b) a* boa fé não se mantém como obstáculo diante da prova de que o autor da ação foi desapossado por furto ou perda. É

interessante notar-se que se abrem as veias circulatórias em atenção à gravidade do fato inicial do desapossamento; e) o fato de haver, entre a posse do autor e a do réu, a posse de outrem, de boa fé, não saneia a circulação, se houve furto ou perda.

Porque a ação do art. 521 somente concerne à posse, com ela o que se discute é a posse.

A posse produz, nos títulos ao portador, o direito. A ação para reivindicar o titulo <a propriedade do titulo) fica, assim, subordinada a certo paralelismo com a posse. O fato é deveras importante e lembra-nos o caso do dinheiro que, sendo, como é, irreivindicível, se torna reivindicável quando o elemento pessoal deixa de preponderar. Casos há em que os títulos ao portador passam a ser reivindicáveis como quaisquer outros objetos, No caminho das considerações acima, chega-se à seguinte conclusão, que é de grande importância na estrutura jurídica do instituto: os títulos ao portador não são reivindicáveis, contra terceiros, salvo se o possuidor atual os adquiriu sem conhecer a natureza do objeto comprado e os houve como objeto, sem que viesse a conhecer o que adquiriu, ou se houve furto ou perda. Aqui, a legitimação subjetiva passiva é simétrica à do art. 521.

5.VINDICAÇÃO DA POSSE E AÇÃO PETITORIA. No Tomo já cogitamos da vindicação da posse, que se não confunde com a reivindicação, nem com a reintegração da posse, que também é vindicação. Todavia, convém que algo se diga, a mais, sobre a ação vindicatória da posse dos títulos ao portador. A matéria toda está no Código Civil, art. 521 e parágrafo único. De começo advirtamos que tais regras jurídicas não concernem às ações possessórias, pôsto que se tenham inserido onde se trata de perda da posse. A ação não é possessória.

Corresponde à ação do § 1.007 do Código Civil alemão, e nada tem

com a ação publiciana, que é como feto, em relação à vindicatória; nem com a publicana da Prússia (além das obras citadas no Tomo X, § 1.133, 3, HANS

MOLLER, *Die Ktaoe* aus *de,». Fridheren Besitz,* §§ 2 e 3> como o Tauto a pode propor o possuidor pleno, mediato ou o imediato (Tomo X, §§ 1.133, 4, 1.134). Também é legitimado o possuidor impróprio.

O vindicante da posse não precisa ser titular de posse própria. A posse pode ser imprópria.

A posse vindicada pode ser a imediata e a mediata. Pode ser autor o herdeiro ou o adquirente da posse em virtude de constituto possessório (AUGUST PEIPEES, *Die BesitzreehtsIdage naeh* § *1.007 RGB,* 17).

Quanto à posse mediata, a opinião de O"rro WENDT (Der mittelbare Besitz des BOR., *Arehiv Ijir di*"

civilistieche Praxis, 87, 40; *Guuzchten in den Verhartdlung des 24. deutschen Ju ristentags,* III, 3) que negava ao possuidor mediata ação de vindicação da posse foi repelida (B. MUGDAN, *Die gesamten Matería,lien zuni RG&.* III, 516; OTTO VON GIERKE, *Die Bedeutung des F"ahrntsbesitzes fdr streitigea Recht,* 53; E.

STROHAL, Der Sachbesitz nach dem BOR., *Jherings ,Iahrbiicher,* 38, 45; nosso *Dos Títulos ao portador,* II, 2.8 ed., 164).

A posse tem de ser *anterior,* pois, se anterior não fosse, seria contraditório pensar-se em vindicação.

O autor presume-se de boa fé (R. VON JHERING, *Der Besitzwifle,* 160>, Se a posse não foi cessada por furto ou perda, a ação de reivindicação é que cabe nos mesmos casos em que caberia, a seu tempo, a possessória. Fora dos casos de perda e furto, as ações possessórias e a de reivindicação é que podem ser intentadas, não a de vindicação da posse. Já vimos, porém, que o ex-possuidor *(zz* quem não mais tem a posse, sem ser por furto ou por perda) deixou de ser proprietário se alguém adquiriu de boa fé o titulo ao portador. Essa boa fé é em relação à série de possuidores, e não em relação ao subscritor.

Se não se asseguram ao portador de boa fé, fora dos casos de perda e furto, tratados, como foram, excepcionalmente, a propriedade, estaria sacrificada a lei de circulação dos títulos ao portador. Boa fé, entenda-

se, nas relações entre os possuidores, e não em relação ao subscritor.

a) Consideram-se *furtados* os títulos ao portador: a) se alguém os houve por *extorsão* (1 <. BINDINCI, *fie Ungereehtigkeit dies Eigentumeerwerbs,* 17) ; *b)* os que foram retirados, por ato ilícito sem violência. *Aliter,* o que foi alienado por dolo, êrro, simulação ou fraude.

Consideram-se furtivos os *cupões* de juros vencidos antes da posse de boa fé. *Aliter,* os vencidos depois (cf.

Código Civil. art. 510).

Se divisíveis os títulos ao portador, o que se separa após o furto é vindicável.

b) Consideram-se *perdidos* os títulos ao portador que saem, sem ato de outrem, ou sem vontade do possuidor, da posse de alguém. A posse pode ser imediata própria, mas a perda também acarreta perda da posse própria pelo que não tinha posse imediata.

CAPITULO VI

RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE O SUBSCRITOR,COMO TAL, OU COMO POSSUIDOR E O “ALTER”

§ 3.763. Preliminares

1. PosIçÃo no PROBLEMA. Pôsto que não haja relações jurídicas entre os possuidores *antes* de haver a saída do título ao portador, que estava na esfera jurídica do subscritor, achamos mais aconselhável tratarmos da circulação antes de levantarmos os problemas quanto ao subscritor e o *alter.*

Diz-se *alter* digno a pessoa que adquire a posse, de boa fé em relação ao subscritor. A boa fé e a má fé na série dos possuidores e tenedores não interessam ao subscritor como tal *Alter* indigno é a pessoa que, de má fé em relação ao subscritor como tal, adquire a posse. Também aqui não interessa a boa fé ou a má fé na série dos possuidores ou tenedores.

Na luta dos que estão na série de possuidores, luta em tôrno de se saber quem é o possuidor próprio, o subscritor somente pode vir a prestar atenção se há alguma decisão judicial, inclusive quanto à notificação de que fala o art.

1.509 do Código Civil, ou se lhe vem ao conhecimento em circunstâncias ponderáveis qual a situação do apresentante do título ao portador.

2.SUBSCRIÇÃO E EMISSÃO. A subscrição dá entrada no mundo jurídico ao negócio unilateral. O mesmo seria dizer-se que a subscrição cria o negócio jurídico unilateral do titulo ao portador. Embora na gaveta, no cofre, na mesa, na pasta, ou entre papéis, ou no bôlso do subscritor, o título ao portador, uma vez subscrito, *exúte.* A sua *eficácia* depende do contacto com o *alter* digno. O modo normal de se estabelecer tal eficácia é a *emissão.* Emitir é o ato de pôr fora, em contato com o *alter,* o título ao portador. Quando se diz que se emitiu o título ao portador, o que se há de entender é que n título foi emitido por alguém: ou pelo subscritor, que então é subscritor e emitente ou emissor, ou por outra pessoa, física ou jurídica, que foi encarregada de emitir, dita, aí, emitente ou emissor. Emissão é o lançamento do título ao portador, como poderia ser do título à ordem, ou do próprio título nominativo, porque também esses têm os dois momentos, o da subscrição e o da emissão. Com a emissão, o título, qualquer que seja, a outras mios, atinge a ambiência social.

Mas pode acontecer que o contacto com o *alter* se dê sem ou contra a vontade do subscritor, mesmo sem ou contra a vontade da pessoa encarregada de emitir. Daí ser impróprio empregar-se, como fazem o Código Civil alemão, ~§ 793 e 794, o Código Civil brasileiro, art. 1.506, e o Código Civil italiano, art. 2.004, “emitido”,

“emissor”, “emissão”, quando se admite que tenha sido pôsto em circulação sem ou contra a vontade do subscritor.

Emite-se quando se entrega a outrem, ou ao público, ou a pequeno grupo. O que é preciso é que tenha havido ato do subscritor, ou de alguém por ele.

Se não houve ato do subscritor, ou de alguém por ele. houve contacto com o *alter* sem ter havido emissão.

Se se alude a emissão naquelas espécies em que a saida do título ao portador e o contacto com o *alter* se deu sem ou contra a vontade do subscritor, fala-se de “emissão” como se fosse o título que se emitisse a

si mesmo, que pudesse haver fato jurídico *stricto sensu* de emissão ou ato-fato jurídico de emissão, em vez de ato jurídico de emissão. Não é sem inconvenientes tal alargamento do conceito que permitiu ao Código Civil a redação do art.

1.506: "A obrigação do emissor subsiste, ainda que o título tenha entrado em circulação contra a sua vontade".

A divida e a obrigação tocam, em verdade, ao subscritor, e não ao emissor.

§ 3.764. Saída do titulo e contacto com o "alter"

1. Dois CONCEITOS. O sair apenas significa que o titulo deixou de estar em poder do subscritor para ficar em poder de outrem. Pode ocorrer que, na própria casa do subscritor, alguém esconda o título ao portador, de modo que fique em contacto com outrem, e tal é o caso do pagador do banco que passa às mãos de outra pessoa que faz o expediente de entrada dos títulos ao portador, titulo ao portador que fora pago, mas o pagador, ou alguém, a quem incumbia tal função, deixara de carimbar.

Nas relações jurídicas entre o subscritor e o possuidor ou tenedor é assaz importante atender-se à diferença que se estabelece nas espécies de ter havido ato do subscritor, ou do emissor, ou de não ter havido *(=* ter sido sem ou contra a vontade do subscritor o contacto do título com o *alter)*.

Ai é que surge a distinção entre *alter* digno e *alter* indigno. Indigno é quem tira a posse do subscritor (ou do emissor) isto é, sem ou contra a vontade dele ou quem toma posse tendo ciência da indignidade de quem lha dá.

Digno é quem adquire a posse sem a ter tirado ao subscritor (ou emissor), ou sem ter conhecimento de ser indigno quem lha transfere. Trata-se, portanto, *sempre,* de má fé perante o subscritor (ou emissor), inconfundível com a má fé apreciável em relação a possuidor anterior (série dos possuidores).

2. DIVIDA E OBRIGAÇÃO. A favor de quem é *alter* indigno não exsurge a relação jurídica de dívida. O

subscritor não deve ao ladrão, nem ao achador do título perdido, aquilo que se prometeu no título ao portador.

A relação jurídica nunca se irradia do título ao portador a favor do *alter* indigno; de modo que a essa pessoa o subscritor nunca vem a dever. Mesmo que o ladrão adquira, por usucapião, a propriedade do título, na conformidade do art. 618 do Código Civil, não adquire o crédito: faz-se dono da cártula. não titular do crédito. O

subscritor perdeu o papel, a ficha, o metal, ou o que quer que seja; não passou a ser devedor.

Se o *alter* indigno apresenta o título ao portador, não nasce a relação jurídica obrigacional, nem o subscritor está adstrito à regra jurídica do art. 1.508 do Código Civil.

As ações do subscritor contra o *alter* indigno são ações de reivindicação, de vindicação da posse e possessórias.

Tem ele, além disso, a ação declaratória negativa, as medidas editais para estabelecer-se a publicidade do fato da perda ou do furto. ou de outro crime, e as ações pessoais.

O demandado tem a defesa de ser *alter* digno *(xxx* objeção de ter adquirido o título ao portador, por sua posse de boa fé perante o subscritor, de que também lhe proveio a titularidade do crédito).

Se o acusado de ser *alter* indigno apresenta o título, a *apresentaçâo* faz supor-se a relação jurídica de obrigação.

Qualquer ação entre ele e o subscritor tem de versar sobre a posse e a boa fé, de jeito que haja o juiz de decidir se houve posse, se houve boa fé, ou se não houve, e em conseqüência se nasceu, ou não, a relação jurídica de dívida.

Se a *divida,* não se constitui, o título ao portador é tratado como bem móvel comum. O que se reivindica, ou o de que se vindica a posse, ou de que se obtém a reintegração de posse, é a cártula, sem qualquer *efeito* de direito das obrigações.

O título cuja apresentação legitima pode circular, de modo que se haja de considerar legitimado o apresentante do título, ainda que não seja o dono ou possuidor. O endossatário é legitimado; legitimado é o

portador do título ao portador. Mas legitimado também é quem exibe e entrega ao comprador a conta de venda com o recibo.

Legitima-se com a só apresentação quem tem consigo titulo ao portador.

Incorporação é mais do que legitimação. Pode-se ser legitimado sem se ser titular do direito incorporado. A incorporação torna inserto no corpóreo do titulo o incorpóreo do direito. O fato, que se passa nas fronteiras dos bens corpóreos e dos bens incorpóreos, é rico de conseqüências , uma das quais é o afastamento das regras jurídicas sobre cessão de direitos. Não se trata de pura imagem: o incorpóreo em verdade se corporifica, por inserção, isto é, fazendo-se parte integrante da coisa. O sujeito passivo submete-se, no tocante à relação jurídica, à lei dos bens corpóreos, de modo que se apaga o regime que seria o dos bens incorpóreos; na espécie, dos créditos . A vontade do criador do título é ineliminável pela doutrina, porque foi ele que se subordinou a outra lei, foi ele que unilateralizou" a sua declaração de vontade, para que o adquirente do título adquirisse, *originariamente ,* o direito incorporado. Ao contacto com o *alter* diúno começa a vinculação. O subscritor vincula-se como devedor.

Imagine-se um ponto a, do qual saia uma linha para o ponto *b,* o que representa a entrega do titule ou obtenção dele pelo primeiro portador (tomador, ladrão, achador, etc.) ; trace-se, depois, a circunferência que tenha por centro a (subscritor) e marquem-se vários pontos *(e, d, e, / - . . n).* que serão os possuidores sucessivos; nada terá a com aquela linha exterior, que lhe é indiferente e, na maioria dos casos, ignorada, ainda quando o possuidor e reivindique de *f* o título, que assim tenha de voltar ao ponto *e* como a descrever o arco *fe,* o que mostra a nenhuma dependência de a para com *e. d,* e, salvo se. pela apresentação do titulo, fôr descrito outro raio (5 ~ a, por exemplo), que porá em contato, em relação , *a* e Se, apresentado o título, a não o paga e } o passa a continua aquele estado de indiferença, que mio e de modo nenhum expressão de inexistência de relação jurídica entre *k.*

1, tn e a (subscritor). Entre a e *k,* ou qualquer possuidor atual de boa fé perante o subscritor há outra espécie de linha, que nada tem com as relações entre os portadores , e dela provém, com a apresentação, a obrigação oriunda da declaração unilateral de vontade.

§ 3.765. Posse de boa fé perante o subscritor

1. DÍVIDA E DIREITO DE APRESENTAÇÃO. A eficácia do título ao

portador só se inicia com posse de boa fé, a favor do *altar,* em relação ao subscritor.

a) Nas relações jurídicas *para um todos,* o que decide é a *propriedade,* ou a *pOSSe,* de que resulta o direito à apresentação , que terá o portador que houve, por um dos meios hábeis, a aquisição da propriedade, ou da posse, inclusive pela tradição , . Aliás, isso nada tem com a particularidade de ser ao portador. o princípio geral de propriedade, ou da posse, no amplo sentido.

Aquele a quem não nasceu a dívida tem o poder de apresentar, que depende de qualquer posse, e não o direito de apresentar, que resulta da posse do titulo ao portador pelo possuIdor de boa fé perante o subscritor.

Se daí tiramos *poder de apresentar,* diferente da *legitimação,* veremos que há pessoas, proprietárias, a que se tirou aquele direito, como ao falido, ou a pessoas limitadas, quanto a disposição, pelo direito de familia (E.

(OLDMANN-L. LILIENTHÂL, *Das Burgerliche Gezetzbuch,* 1, 849), exceto incapacidade relativa de menores.

Se o subscritor *remete* o titulo ao portador não se pode pensar, durante o tempo entre a expedição e a posse pela pessoa a que foi endereçado, em crédito "repousado" (rubende Forderung) – Não há nenhuma divida, no que erra EUGEN ULMER *(Das Recht der Wertpapiere,* 87, 38 a.> e a crítica de B.REHnLn"r *(Wertpapierrecht,* 17) é procedente.

Não se pode dar qualquer resposta a *priori.* Tudo depende de se saber quem está com a posse durante a expedição. Se o subscritor (ou emissor) remete o título sem que lhe seja possível impedir a chegada e sem que se reservasse a posse até ocorrer algum fato, a posse foi atribuída ao destinatário, que pode, quando muito, *repeli-la,* com a declaração de não a querer ou dc reenviar o titulo ao portador. Daí não servirem as soluções das teorias contratualísticas , que baralham, ainda hoje em (VON SCHWERIN *(Recht der Wertpapiere,* 22), EUGEN LOCHER *(Das Iiecht der Wertpapiere,* 88 a.) e outros o problema da unilateralidade do negócio jurídico e o problema da eficácia.

2. DEVER DE PAGAR. O dever de pagar, que tem o subscrítor, é o dever de prestar ao possuidor de boa fé perante o subscritor. A obrigação de pagar, que tem o subscritor, é a quem, sendo em boa fé perante o subscritor, apresenta o título. Na relação com o subscritor, a boa fé perante ele é que decide.. O fator específico, o traço diferencial,

é esse. O que aqui é de *posse,* com o exercício efetivo da disposição. O servidor da posse. ainda ele.

pode ir apresentar e *receber.* Porque o que se exige é o veridicto *de fato,* o possuidor. que perdeu o título, não pode ir receber. (Estamos a dizer *„pode"* em semi-tido material) Ora, na última espécie, ele *continua* possuidor.

e não é *porta dia* (KARL Konn, Recht der Schuldverhãltnisse. j. *von Staudingúrn Kommentar,* II, Parte II, 7,~8,a ed., 1594).

3.APRESENTAÇÂO DO TITULO AO PORTADOR. A *apresentação* nada tem que ver com o *direito* nas relações do portador para com terceiros.

O subscritor não tem nenhuma obrigação de provar a terceiros a *legitimação* do portador. Nem ele precisa preocupar-se com os direitos das proprietárias. Claro que, se o portador se diz *mandatário,* pode perguntar pelo mandato, que o habilite. Mas, aí, é o próprio portador que *qualifica* e faz *dependente* de exibição do instrumento a apresentação.

Dá-se o mesmo quanto ao *servidor da posse:* ele pode. receber, ao guichê; mas, se diz que somente é servidor da posse, e não tem ordem de receber. ele mesmo se eliminou. a faculdade de exigir com a apresentação.

Nada disso é atenção ao proprietário ou proteção do proprietário por parte do subscritor. A proteção, por outros meios, sem ser por esse, existe, porém em outras relações e em regras jurídicas que nada têm com o subscritor.

§ 3.766. Depositário, mandatário e autorizado

1.POSIÇÃO DOS PROBLEMAS. O que possui como depositário ou mandatário título ao portador, não é menos legitimado como apresentante, isto é, como pessoa em situação de fazer surgir a obrigação e de cobrar o *id qzwd debetur.* O que se lhe exige é a apresentação, ato de caráter material, que se torna possível ao possuidor imediato, quer tenha posse própria *(Etgenbesitz),* quer imprópria, que também diríamos derivada *(abgeteiteter Besitz>,* como ao simples tenedor. Faz-se titular da pretensão o apresentante; se possuidor impróprio, ou simples tenedor, faz titular aquele que é o

possuidor próprio, sem que isso interesse ao subscritor, desde que o próprio apresentante não se contradiga em seu ato *(e.* g., se não afirma que furtou de alguém, ou que apresenta, como servidor da posse, sem que lho permitisse o possuidor). Mas chegou a tal situação em virtude de situação possessória, quiçá de ato ilícito.

O possuidor mediato, ou aparentemente possuidor, tem contra ele as ações devidas, que serão as possessórias, se chegar o mandado a tempo de surpreender o ato de pagamento quando se apreenderá o título ao portador, ou o dinheiro ainda não vertido no patrimônio do recebedor, ou, depois, a ação de perdas e danos. Diga-se o mesmo quanto ao possuidor em se tratando de ato de servidor da posse, ou de esbulhador.

A prévia intimação ao subscritor é outro meio para se evitar o pagamento, e o único que *deslegitima* o apresentante, pelo menos enquanto pende a ação. O ladrão ou qualquer outro adquirente de má fé não é menos apresentante legítimo que o verdadeiro dono. Também ele, nas relações com o subscritor ou emissor, é legitimado, e não *loro creditoris.* Ao apresentante que não é dono pode o proprietário, ou, melhor, o possuidor, exigir o que se lhe tirou, O reivindicante, ou o vindicante da posse, ou o autor da ação possessória, por isso que a quantia lhe é devida em razão do *seu* crédito, no caso de falência do apresentante ilegítimo, não tem de meter-se no concurso de credores, e pode obter a restituição do título ou a restituição da prestação.

2. LEGITIMAÇÃO E EFEITO DA APRESENTAÇAO. De tudo isso tiramos que a legitimação nasce ao apresentante do título, e não ao proprietário ou possuidor próprio, como o mandatário, que obra em próprio nome, contrata diretamente, e nem o mandante tem ação contra os que com ele contrataram, nem esses contra o mandante (Código Civil, art. 1.307). Assim se explica, cabalmente, mercê de critério científico, em que se há solução regular a dificuldades insuperáveis a outras teorias, o fenómeno do título ao portador, sem se recorrer, a cada momento, a exceções aos princípios gerais de direito das obrigações, e sem se atribuir ã *publica fides* efeitos extraordinários, que importariam a negação da textura natural e científica do direito. O proprietário do título não é legitimado, se não tem a posse, tanto que não pode opor o mau pagamento, se outrem, que não ele, recebe. Credor é o possuidor do título e titular da pretensão à apresentação. A situação possessória ou de simples tença, quanto aos melhores possuidores, que foram esbulhados, ou que perderam a posse, nada tem que ver com a relação jurídica derivada da apresentação. Todavia, o ladrão, que apresenta o título ao portador

e recebe o quanto, faz nascer a pretensão a favor de quem seja o dono e possuidor de boa fé perante o subscritor. Donde poder-se pensar em ação do subscritor, depois de pago o título ao portador, contra o possuidor de má fé, se pôs testa-de-ferro ou homem de palha para se furtar a objeção ou exceção que o subscritor teria contra ele. Mas essa ação é de enriquecimento injustificado, fundada no art. 964 do Código Civil.

3. TRANSMISSÃO DA PROMESSA DO SUBSCRITOR (CIRCULAÇÃO DA DECLARAÇÃO

UNILATERAL DE VONTADE). O que se não pode negar é que cada possuidor ou tenedor transmite a promessa do subscritor. Não transmite a dívida, porque essa nasce da posse e é expressa na relação jurídica entre o possuidor e o subscritor, aquele titular do crédito e esse devedor. Pressuposto essencial é que o possuidor seja possuidor de boa fé em relação ao subscritor.

Dissemos, no Tomo XXXII, § 3.687, que a transmissão da promessa, transmissão como a de quem leva carta missiva. ou transmite telegrama, ou dá por telefone ou rádio a mensagem de outrem, é em virtude de *pleno poder.* E assim é.

Mandato não há. Tem-se de ver, nas várias entregas ou transferências do título, *relação* jurídica de pleno poder

<*Valinmcht),* que seria, na espécie, o *poder juridico* de fazer alguma coisa por outro, ao passo que o mandato consiste em *dever* o mandatário obrar pelo mandante (E. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* ~~, 9~ ed., .357). O *mandato* produz laço trigatório entre mandatário e mandante, o *pleno poder* dá ao investido certa posição jurídica *exterior.* Não raro. o pleno mandato contém em si poder, isto é, autorização de empreender atos jurídicos como se os praticasse o próprio dono do negócio, mas nem todo mandato contém tal poder: por outro lado, no próprio, direito romano evolvido, são numerosos os casos de poder de representação, sem que exista mandato <H. OERNBURG, *Pandekten,* II, 318 s.).

O *investido do pleno poder* é então *competente* para os atos jurídicos relativos, sem ser a isso obrigado.

Não foi menos exato e claro no traçar a definição do poder pleno o jurista E. ZIMMERMANN <*Die Leh.re von der steilvertretenden* Negotiorum Gestio, 87) “É o poder jurídico”, disse ele, “para eficaz

representação; em outros termos. a aptidão jurídica de efetuar operações de direito em nome de outro, como se a outra pessoa tivesse empreendido, de si mesma, o negócio". Todavia, nem sempre o pleno poder contém representação. Esse o ponto, para o assunto dos títulos ao portador mais interessante, teórica e praticamente .

Seria ocioso reunir -se maior número de definições que reduzam o pleno poder a simples faculdade jurídica, a espécie de poder por fôr~a de ato de outro ou *ope legis.* Ainda assim nos lembram as palavras de R. VON

CANSTEIN *(Grunhtttd Zeitschrift,* 1H, 170 e s.) : "Autorizado é quem recebe o poder pleno para concluir, exteriormente, certos negócios jurídicos, em casos determinados e mercê do pleno poder".

Diante de tais conceitos tem-se de assentar que existe, na transmissão dos títulos ao portador, pleno poder de passar, ou não, a outrem, a *promessa,* independentemente de qualquer outro ato jurídico (cessão do direito de crédito ou do direito de apresentar, que é inerente à posse, pois que o possuidor tem sempre o *iu.s exhibrndi* da coisa possuída). E tanto mais a espécie requere atenciosa análise quanto se sabe que o direito de apresentar, de per si, não basta à irradiação da obrigação. Mesmo se verdadeiros donos do titulo-papel, são "autorizados" do subscritor, na transmissão da promessa escrita. Mas há outro elemento indispensável ao nascimento da pretensão: o ato de apresentação (ato volitivo, pessoal, do portador).

Há quem dê ao poder pleno outro caráter que o de competência, faculdade ou aptidão jurídica. ,JOSEF 1{oíi LER (t‟ber den Willen im Privatrecht, *Jahrbiicher fUi‟ die Dognutik,* 28, 176), a que se reportou 5.

SCHLOSSMANN, via na *Volintacltt* ato criativo (em Kreationsakt), que, de certo, não concerne ao direito das obrigações, e é puro ato jurídico individual: ato de criação perante ilimitado número de pessoas. Se assim é, mais cheia de razão se nos afigura a afirmativa de autorização, entre possuidores, para transmissão, livre e *pleno jure,* da promessa do subscritor do título. i,Por que não se ver a transmissão da declaração unilateral do promitente como imediato efeito <ia transferência do título, que é o encaixe literal dele? Muito seria equiparar-se a relação jurídica a *mandotum* bem que, etimologicamente , não lhe repugnasse a tradição como investidura e como adimplemento pelo mandatário, pois que *ma‟ndare* vem de *inanum dure,* o que suscitou a frase de 5. SCHLOSSMANN *(Lhe Lehre vou der Stellvertretun.g jusbesondere bei obiigatorischen Vertrdgen,* 1, 252)

: “a mão como símbolo do poder”, *Die RuM ais Symbol der Macht;* mas nada se opóe a que vejamos na transmissão da promessa. em bem da construção dogmática, e porque no-lo impõe a análise, o efeito da autorização integral, *ope notura.e negotii, a* permanecer em cada possuidor, como em mãos de guarda, e a passar dele aos outros, sem deixar traços, nem vínculos, como não se daria no mandato.

O poder pleno de transmitir a promessa está *iii ipse negotio:* como a respeito de qualquer pleno poder, fica ao arbítrio do investido, que o pode exercer, ou não. É permitido ao portador do título transferi-lo, ou guardá-lo para exercer o direito de apresentação, que se acha em seu patrimônio e constitui *a pré-forma* da obrigação, não a obrigação.

Talvez se objete que, admitida a autorização, com o fim de manter, em nome do subscritor, a proposta ambulante, o último possuidor, ao apresentar o título, contrata consigo mesmo, o que desvia a questão para mais. um ponto de controvérsias: o contrato com identidade física de. sujeito. tira. a advertência não colhe efeitos contra a construção teórica . Primeiro, porque é à apresentação que surge a obrigação, pela manifestação de vontade necessária à criação da pretensão, *e* essa declaração é feita, *pra prio nominx,* pelo portador, ao exíbir à titulo com o fim de constituir o subscritor na obrigação de pagar, e já então ele *não mais é o autorizado* do subscritor, que está presente, por si. ou por intermédio de terceiro, procurador, preposto. Não há, pois, a figura jurídica do contrato *cum se zpso.* Segundo, porque, se o ato, a que nos referimos,. compusesse tal figura, não seria argumento decisivo contra a função do portador, pois que o contrato *cum se ipso* se plasma em realidades e pode ser tido, sem menosprezo dos princípios fundamentais de ciência jurídica, como reconhecimento lógico, institucional, da possibilidade de coexistência, na *mesma pessoa,* de vontades juridicamente diversas. Todavia, não ocorre, no momento de nascer a obrigação, com a apresentação do titulo pelo portador, qualquer dos caracteres do contrato consigo mesmo. Nem a unidade de *conteúdo* da volição, nem a coexistência de dois fatôres materiais volitivos na ocasião de contratar. O portador receberia pleno poder do subscritor para a transmissão de *proposta* escrita. Quando lhe apresenta o titulo, obra *pra prio nomine,* no exercício do direito, decorrente, por lei, da *sua* posse. O conteúdo das vontades difere inconfundivelmente. Não há coexistência material da vontade <própria e do subscritor) na mesma pessoa: porque o pleno poder cessa pelo fato mesmo da apresentação do título; o portador como que se desinveste do poder jurídico de transmitir a *voz ambuians,* para ir, no próprio nome, *obrigar* o subscritor. Não há por onde descobrir, na espécie, o contrato *cum se ipso.*

A natureza do pleno poder na circulação do título ao portador apresenta os mesmos pressupostos filosóficos, que os efeitos jurídicos e a proteção legal da posse. Não cabe aqui a defesa da concepção da *Vollmacht* na sua feição típica de poder de realização, não só porque o plano da obra se oporia a longas indagações, como porque, infelizmente, teríamos de combater idéias de juristas estrangeiros, pois os nossos ainda nada disseram sobre o assunto. Cumula demais, a nosso favor. a razão de nos parecerem decisivas, em tal matéria, as lições recebidas de fora, onde a distinção já passou a ser didática

(H.DERNBURO, *Pandekten,* II, 818 5.; E. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* 1, 357, nota 1).

À língua francesa, à italiana, à portuguêsa e às demais línguas neolatinas falta termo correspondente a *Volima.cht.* Todos confundem, como os Romanos, mandato e pleno poder. Às vezes as leis francesas falam de *pouvoir,* as italianas, de *facoltá.* O Código Civil brasileiro não usa termos que se devam considerar aproximados: em todo o caso, muita vez, o *pode.* o *tem poder,* caracteriza a procedência legal do poder referido, e disso temos exemplo no Código Civil, art. 1.580, parágrafo único, onde se dá, mercê da figura do direito indivisível (art. 1.580), ao herdeiro, o poder de "representar" a todos na reclamação da universalidade da herança. No art. 1.586, também

não há mandato: há *Volímacht,* e na técnica do Código Civil, perfeitamente aceitável o "poder". Os exemplos não são os mais vulgares: preferimos os mais expressivos, por sua natureza e pela inexplicação científica com que os obscurecem os escritores.

O conceito do pleno poder passou de todo, e decisivamente, à ciência jurídica, e não é sem precedentes na lógica e na filosofia, conforme o mostram S. SCHLOSSMANN *(Die Lehre pan der Steilvertretung,* 242) e outros.

A qualidade e a ação forçosamente têm de ser qualidade de alguma coisa ou a ação de alguém; a qualidade é mesmo *o como* se apresenta o ser. A despeito desse caráter, como que dependente talvez por isso mesmo, atendendo-se a que do próprio ser só temos a representação, a imagem podem considerar-se existentes por si e, em pensamento, separados do ser, a qualidade e a ação. Assim, distintas, constituem conceito *abstratos* (CH.

SIGWART, *Logik,* 1, 81). O pleno poder é, portanto, qualidade da pessoa, qualidade que lhe é inerente, autônoma perante as demais pessoas. O espírito humano vai mais além, todavia: abstrai do ser a

que pertence o atributo, a *qualitas* ou a *actio* (A. LEHMEN, *Lehrbuch der Philoso‟phie.* 1, 29) e concebe-as de per si, como espécie de sêres imateriais. Assim, pois, para 5. SCHLOSSMANN, a *Vollmacht* é qualidade que pode mostrar-se *in abstracto,* como ser. Apliquemos o pensamento dele. O ser, no título inominado, é o portador: a fonte material e remota da qualidade é o título; a fonte filosófica e imediata é o portador (como agente), porque é ele que tira da sua posse a qualidade mesma.

§ 3.167. Questões acidentais

1. PENHOR DO TÍTULO AO PORTADOR PELO SUBSCRITOR. -tPode o subscritor dar em penhor título ao portador? Tal questão, a que G. SEGRÉ chamou elegante, foi assaz discutida em França, entre doutrinadores

<*Annales de Droit commerciai,* 1904, 101 s.) e nos tribunais. Não se lhe pode negar, a par da elegância e da beleza, o valor prático, por vezes demonstrado nos casos ocorrentes e, mais ainda, nas várias oportunidades em que o comerciante ou qualquer subscritor não quer assumir diretamente a obrigação, afasta, por algum tempo, a publicidade do débito, e impede a circulação de título seu, com o expediente, analiticamente jurídico, de empenhar os próprios títulos. A Côrte de Bordéus (28 de novembro dey 1900) e a Cassação de França (18 de junho de 1903) pronunciaram-se pela validade do penhor: aquela usou, nas considerações, de idéias, sobre simples, repassadas de pretenso objetivismo jurídico, não digno de encômios. Viu no objeto do estranho penhor, não direito atual, como se poderia crer pela passagem do título a mãos alheias, mas *direito eventual;* ao passo que

Cassação considerou a feição material e jurídica dos títulos, que, além de terem existência perfeita, são *materialmente* e, portanto, *juridicamente* transmissíveis, embora sujeitos a indisponibilidade temporária: verdadeiros títulos de crédito, nada impedia que se dessem em penhor.

Antes, em 1895, a Côrte de Apelação de Paris (3 de agôsto), decidiu diversamente, seguida pela de Besanção (5

de agôsto de 1903) : a primeira objetou não se poder considerar por emissão realmente efetuada a entrega de obrigações a titulo de penhor; a outra reputou inconcebível que os títulos ao portador, antes de *emitido.ç,* pudessem ser tidos por outra coisa que simples pedaços

de papel. Não vale aduzir-se, prosseguiu o tribunal, que a constituição do penhor de títulos ainda não emitidos valha emissão, porque, se tal principio pode ser aceito em matéria fiscal, cuja lei não exija aos direitos fiscais outro requisito que o da transmissão material, não o deve acolher o direito comum.

(Sem alterarmos o plano da exposição, observemos, desde logo, que a Côrte de Apelação de Besanção não atendeu a algo que é rudimentar: assim como o contrato fica concluído, perfeito, ao ser assinado e receber as assinaturas das testemunhas, se preciso, os títulos ao portador são negócios jurídicos unilaterais no momento mesmo em que o subscritor lança r. seu nome, ou a sua rubrica. Os juizes confundiram com a *existência* a *eficácia.* O que se tem de discutir é se, assinado o título ao portador, o empenhamento é *emissão.* Outra questão é a de se saber se tal empenhamento, antes da transmissão da posse própria, é possível, juridicamente.) O ponto substancial, em que ferve a controvérsia, disse 6. SEcIt~, está no seguinte (La Costituzione in pegno di titoli aí portatore da parte deI sottoscrittore, *Rivista. dcl Diritto conzmerciale,* II, Parte 1, 240 a.) : se o título ao portador, nas mãos do subscritor, já constitui alguma coisa que possa ser vàlidamente sujeita a penhor, quando é certo que não se tem, na espécie, direito de crédito a favor do subscritor, mas simplesmente um *débito event uni,* e é bem possível dar em penhor créditos, ainda contra o próprio credor pignoraticio, não débitos. A questão, posta em tais termos, assenta num so argumento: o título dado em penhor continua a pertencer ao subscritor, de modo que não se deu a posse por outrem necessária à eficácia do titulo ao portador, à emissão~ O jurista italiano remontou à natureza do penhor, com a faculdade que há o credor pignoratício de obter o seu crédito pelo exercício do *ius exigendi* ou do *ius. distrahendi,* de modo que, se o direito indicado no título dado em penhor eu.validamente munido de hipoteca, fica investido de tal direito real aquele em cujo favor se fêz o penhor. É

vão, disse, discutir-se se houve, ou não, emissão nos casos que nos ocupam: emissão, continua o jurista italiano, não é palavra que tenha sentido técnico determinado, nem a lei atribui ao ato, que por essa palavra se designa, particulares conseqüências jurídicas. Do lado material, isto é, da circulação das coisas móveis, o subscritor, qual titular do documento, como o pode dar em depósito, ou em comodato assim o pode dar em penhor; quanto aos efeitos jurídicos do penhor, o contrato de emissão (vale dizer: a entrega do título *pignoris causa)* não produz entre as partes vínculo imediato de caracteres acessórios, mas a faculdade de realizar o crédito, e isso segundo os princípios análogos da *cessio pro solvendo.* O recorrer a esse instituto, mostra bem as dificuldades que a questão apresentou a G. SECRE. For; ~da como é, a

analogia transmudou em *cessio pra solvendo* o quê em verdade era apenas parecença.

Resolvamos o problema. Notaremos que a idênticos resultados deveriam chegar os que antes versaram o assunto. A subscrição em si mesma nada importa, atingiu o mundo jurídico, mas ainda não houve *eficácia;* o único elemento que lhe falta é a *posse* do papel pelo *alter* digno. Quem quer que detenha o título pode apresentá-lo, no vencimento porque o direito de apresentar deriva, imediatamente, do poder fáctico.

Quando o subscritor entrega em penhor um título, nascem a vinculação, o crédito, embora, e como sempre, lhe assistam as objeções e exceções contra o possuidor de má fé. Dir-se-á, talvez, que repugna ao penhor a aquisição do crédito inserto no título penhorado „por parte do credor pignoratício. Tudo, porém, se apaga diante da evidência mesma do engano: o objeto do direito de penhor não é o crédito, mas o título considerado coisa móvel *mais* o crédito. Não se pode negar que a promessa lhe dê o valor, mas, em mãos do credor pignoratício, pode ela ser utilizada por esse pela apresentação, embora sujeita à objeção e obstado o recebimento, porque lho veda a relação existente entre ele e aquele a quem foi apresentar. Não assim a transferência, que decorre do poder pleno, se é feita a possuidor de boa fé, quando opera todos os efeitos contra o subscritor. Tudo está em não se considerar o penhor de títulos .ao portador penhor de crédito, mas, exatamente, um penhor de coisa móvel *mais* crédito. Já dizia J. E. KUNTZE *(me Lehre von den Inha.berpapicren,* II, 692) : “O objeto da constituição de penhor não é o direito de crédito, e daí não se tratar de *pignus nominis,* como H. TRÓL admite; ao contrário: é o papel, como bem móvel, o em que se assenta o direito do penhor. O mutuante pignoratício, pois que adquire a posse sobre o papel penhorado, é o efetivo credor quanto ao direito de crédito que nele se declara”. A relação jurídica entre o credor pignoratício e o empenhante confere ao primeiro dupla faculdade: transferir o pape], ou apresentá-lo ao devedor que lhe deu o poder de vender o penhor, a fim de cobrar o quanto que se menciona no título. A possibilidade de transferir a cártula deriva apenas da situação material de posse. O possuidor imediato está em situação inigualável para o fazer: o direito está sempre dependente da posse para o seu exercício (apresentação), ou transferência (entrega manual), e direito do possuidor ao titulo apura-se nas ações possessórias vulgares. na vindicação da posse, ou da propriedade, e mediante remédios jurídicos processuais que as leis reconhecem.

Ninguém nega que o possuidor de boa fé perante o subscritor está

investido do direito de crédito, de modo que faz seus os frutos, e no entanto pode ser afastado pelo reivindicante, ou pelo vindicante da posse, ou em ação possessória proposta por terceiro. O possuidor, mesmo a título precário, pode exercer o direito, embora a ação intentada possa a vir destituí-lo da situação de fato. Levam às conclusões seguintes as considerações que acabamos de expender:

(a)A lei só exige a posse por outrem, *alter* digno, par;t que o título subscrito esteja com os pressupostos para produzir efeitos jurídicos. A entrega do título ao credor pignoratício fá-lo titular do direito, porque lhe dá posse imediata imprópria, embora lhe não dê a propriedade do papel. já vimos que a posse imediata, e não a propriedade, é que produz o direito à apresentação. Ésse direito pode voltar ao proprietário ou possuidor próprio pela reaquisição da posse imediata do papel, ou pela caducidade dele e conseqüente reemissão , de outro, ou, ainda, mediante a reemissão caucionada. O ato de subscrever equivale a disposição do patrimônio do subscritor, sob a forma de divida, isto é, valor *passivo:* mas não é só a dívida que se empenha, nem só o crédito que se cauciona, em qualquer penhor de títulos ao portador: é *o próprio títulos ao portador, que, se contém declaração de dívida, já de si mesmo constitui um. bem.*

Por outro lado, merece sempre ser frisado que o subscritor pode ser tomador, ou possuidor, dos títulos-valôres, salvo se *lex specialis* lho proibe.

(b)Uma vez que a origem do direito cartular está na posse, tanto assim que o título pago ao portador não dono, ainda de má fé perante terceiros, não pode das mãos do subscritor ser reivindicado, nem ser-lhe vindicada ou recuperada a posse, e o subscritor, com o adimplemento, se exonera, claro e indiscutível está que o crédito se adquire e se perde como se adquire e se perde a posse. As várias situações (possessórias: mediata e imediata, própria ou imprópria, de boa ou de má fé, ou simples auxilio da posse), todas se refletem nas relações jurídicas entre o subscritor e quem se diz *credor.* A legitimação do apresentante é outro problema.

(c) O que importa é o contacto do título ao portador com o *alter* digno, a posse de boa fé em relação ao subscritor. O título ao portador pode circular e ir parar às mãos do subscritor sem ser por apresentação e cobrança: *e. g.,* em vez de prestar o quanto devido, o subscritor comprou-o, ou acorda em constituição de penhor, ficando titular do direito de garantia. Se, antes de entregá-lo a alguém como objeto de alienação da propriedade e da posse, o subscritor o empenha, o que se passa é que o subscritor, que fêz entrar no mundo jurídico a promessa,

lhe quis *eficácia* (o empenhamento supõe -se *oco,dou consigo mesmo* fazer-se possuidor já na vida circulatória do título ao portador e empenhá-lo. O subscritor que empenha O próprio título ao portador não é só subscritor, é elemento na vida circulatória do título ao portador, primeira pessoa ~ série possível de possuidores. Se o titular do direito de penhor lhe vem apresentar o título ao portador e cobrar o quanto. para se pagar do que prestou, ou do que foi garantido, e podia fazê-lo (cf. Código Civil, art. 774, III), o subscritor, que também é dono ou possuidor próprio, tem de atender o apresentante, no que concerne ao quanto garantido.

É falsa a afirmação de que, antes do contacto com o *alter.* o título, apenas subscrito, é ato puramente fáctico

<rein tatsàchlícher Akt), de importância só preparatória (E. JÁcoBr, *Daq Wcttpapier ais Leqitiniationsnrittel,* 25 s.). Não se pode reduzir o título ao portador, *já perfeito,* a punctação, punctação, essa, unilateral. Perfeito o título ao portador, há o negócio jurídico unilateral. O que se passou foi que E. JÁ-. Com confundiu *eficácia* com *existência.* Antes do contacto com o *alter,* o negócio jurídico existe, embora não se tenha entregue a outrem o título ao portador. Notou a ambígúidade do que E.. JÂCOBI dizia A. LANCEN *(Die Kreationstheorie im heutigeu Reichsrecht,* 95 s.; Inhaberschuldverschreibungen und Kreationstheorie, *Archir flir Biirgerliches Iiecht,* 30, 8, nota 8). A subscrição, uma vez que foram satisfeitos os pressupostos suficientes, perfaz o negócio jurídico unilateral.

O que falta é o contacto com o *alter* digno para que haja eficácia; nem é possível conceber-se a vincularidade da promessa sem essa *condicto iuns* da posse por alguém de boa fé. Não se diga que a subscrição é simples fato.

Certamente a subscrição não constitui, por si só, relação jurídica, não compõe, suficientemente, o laço jurídico; bem que seja, desde já, como a armadilha, que alguém pôs no caminho, suscetível de causar danos, como a permissão de reparar o edifício em ruínas, ou o ato de quem lança, pela janela, qualquer objeto. A aparição do dano, ou o contacto com o *alter* digno é elemento necessário ao surgimento da divida. De qualquer modo, há necessidade do contacto com o *alter* contacto lesivo, nos casos de danos, e contacto atributivo de poder (poder de apresentar, emanado da posse>, nos títulos ao portador, nos títulos à ordem, ou, em geral, em todos os títulos chamados de apresentação. Os três momentos incisivos são nítidos: subscrição ou feitura, que é a prática do ato criativo; o contacto com o *alter* digno, *condicio iuris* da víncularidade, a apresentação, exercício possessório,

deflagrador da obrigatividade. Só a apresentação marca esse momento; por isso mesmo, qualquer que tenha sido a data fixada para vencimento, somente com a apresentação se verifica a mora do subscritor.

Dar ao ato da subscrição valor relacional vinculativo, seria adotar-se a *teoria da promessa unilateral rira,* que os fatos desmentem. Dizer que basta qualquer contacto com o *alter,* seria insuficiente: para que fosse suficiente, ter-se-ia de aceitar a inoponibilidade de objeções e exceções ao ladrão e outras pessoas, *alter,* em semelhantes circunstâncias de detenção do título. Aqui, os partidários da *Redlichkeitstheoric* assaz se aproximaram da verdade, pretendendo, com isso, explicar outros fatos e sem separar, como deveriam, aqueles três pontos incisivos, a que nos reportamos.

A declaração unilateral de vontade vincula a quem a fêz. desde que alcançou o que nós dizemos, recorrendo a analogia, a *ambiência sócio-jurídíca.* Antes de cair no mundo das relações humanas, antes de tocar os interesses do *alter,* pode o subscritor, a seu inteiro arbítrio, inutilizar, ou não, o instrumento escrito.

O *contrato* que escrevi e assinei, a fim <te que outrem oportunamente, assinasse, não está perfeito, porque pode ainda não ser assinado. Na *Úsclarcã; unilaterol de vontade,* é o contacto com o *alter* digno que dá a vincularidade, desde que a vontade expressa passou as raias da psicologia e penetrou o mundo social. De dois modos pode a vontade humana suscitar o fenômeno jurídico, ao entrar no ambiente comum : deparar-se-lhe outra vontade (aceitacão>, ou atingir a outrem. *Por* onde se vê que a declaração unilateral de vontade como ato gerador de relações jurídicas é fato da vida. O que se faz mister é explicá-la sem se excluir o *iu.s cl obligatio sunt correlata,* que está, coessencialmente, em todas as relações jurídicas.

A subscrição de um título é aquilo a que se pode chamar em direito, como se chama em psicologia objetivação afirmativa. Pode não ser mais do que fenômeno psicológico da exteriorização, manifestação essencialmente objetiva, e durável, da atividade neuropsíquica. De si só, não constitui relação jurídica, porque a relação jurídica só se inicia quando há dois sujeitos, um em frente do outro.

Há três fatos que sobressaem nos títulos ao portador: a *literalidade,* que faz ser decisivo, e só ser decisivo, quanto ao conteúdo, o teor do título; a *autonomia,* que traduz exercer cada possuidor, qualquer que seja o elo, que lhe corresponda, na vida circulatória do título, direito próprio; a *necessariedade* e *suficiente ,* que fazem, respectivamente, não

se poder exercitar o direito sem que se apresente o título, e bastar a apresentação para que surja a obrigação. Logo ao primeiro exame, percebe-se que a teoria unilateralista pura tentou afastar quaisquer dificuldade de princípios e de harmonia do sistema jurídico, postulando a relevância exclusiva do devedor: vmculação só precisa de alguém que se vincule. A teoria da pendência protraiu até à exibição a formação do vínculo direto, porém deixou inexplicados fatos relativos ao período pendencial. A teoria dos três momentos mostra que a obrigação só existe com e pela apresentação do titulo, sem se esquecer de explicar a *perfeito* do negócio jurídico unilateral, que é o primeiro momento, a vincularidade inicial do subscritor, ao contacto do seu ato com o *alter* digno. Aí, o fenômeno é comum aos títulos ao portador, aos títulos endossáveis, à promessa de recompensa e às obrigações por atos ilícitos. O primeiro momento, o segundo e o terceiro momento aparecem nos próprios títulos nominativos.

Mediante o esclarecimento das promessas ao público e do ato ilícito, a que a lei impõe a conseqüência reparativa, é possível sistematização autônoma de todos esses institutos em confronto com as outras partes do direito das obrigações. Por outro lado, cada um deles mostra peculiaridades que os juntam. dois a dois, e a cada um separam de todos os outros. Tanto no título ao portador quanto na promessa de recompensa, relação jurídica de obrigação entre promitente e *unus cx publico* só existe quando se dá a apresentação.

2. *ALGUNS* CASOS ESPECIAIS. Que é *emissão?* E contacto com o *alter* digno. Desde que as circunstâncias permitam a transferência da posse para si mesmo, tal como abrem caminho, no plano dos negócios jurídicos bilaterais, aos contratos consigo mesmo, nada justifica que se não considere emissão o ato implícito do subscritor ao empenhar o próprio título ao portador. Foi subscritor, e assim juridicizou-se o seu negócio unilateral; agora, faz-se tomador, porque a escrita ou a estrutura da empresa permite a obtenção do titulo ao portador sem que se dê confusão (credor, devedor).

Quando se fala de *alter* digne, não se exige que o *alter* seja qualquer pessoa menos a que foi o subscritor, mas apenas que a pessoa com quem houve o contacto *figure* como adquirente da posse. O próprio subscritor pode, em princípio, adquirir os seus títulos.

Quanto às *debêntures ,* o assunto foi discutido em 1906.

J.X. CARVALHO DE MENDONÇA entendia ser nulo o negócio jurídico do penhor: sem a figura do mutuante não poderia haver empréstimo,

portanto não se poderia pensar em penhor. Mais tarde confessou que, após meditação, se convencera do contrário. Aliás, o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 28 de setembro de 1914 e a 20 de novembro de 1914 (E. *dos T.,* 12, 109 s), repelira a negativa (no mesmo sentido, a nossa obra *Dos Títulos ao portador,* ia ed., 276 *5.;* J, 2~ ed., 372 s.).

A perfeição do negócio jurídico dos títulos ao portador opera-se no momento em que o promitente o subscreve.

A subscrição é o *primeiro fomento.* O subscritor não fica, desde logo. vinculado *(* não se torna, desde logo, *devedor).* Mas, precisamente porque o titulo ao portador está perfeito, ao contacto com o *alter* digno, qualquer que seja, nasce a *dívida,* que é efeito do negócio jurídico unilateral.

Aliás, no Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 294, diz-se: "As sociedades de crédito real poderão levantar empréstimos ou fazer quaisquer operações sobre suas letras, quando e como lhes convier, dentro ou fora do país, aplicando o respectivo produto aos contratos que derem ensejo à emissão de letras hipotecárias". Tem-se, pois, a solução *de jure condito* em se tratando de *letras hipotecárias.*

Quanto às *debêntures,* o maior argumento contra a empenhabilidade antes da emissão seria o de poderem elas, no momento, ter preço mais baixo. A sociedade por ações estaria a pôr em circulação títulos seus por preço inferior ao nominal, com violação dos arts. 12, § 6.0, e 2.0, inciso 5,0, 2~ parte, da Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, que exigem, respectivamente, inserirem-se na ata da assembléia geral, que autorizou a subscrição e a emissão, os pressupostos essenciais dos títulos (art. 1:0, § 6.0), um aos quais e o valor nominal" deles (art. 2.0, inciso 5,0, 2a parte). Ora, nada tem. isso com a empenhabilidade dasdebêntúres *antes* da emissão global. O valor pode ser menor, igual, ou maior do que o valor nominal. A assembléia geral diz quais os pressupostos para a operação geral das debêntures. Q ato de empenhamento é outro. A assembléia geral tem de aprová-lo, ou não, se o não autorizou. As sociedades, empenhando as debêntures, fizeram-se donas dos títulos ao „portador como títulos de crédito, ou com títulos representativos. e não somente donas do instrumento, da cártula em que se subscreveu promessa ou declaração de existência de direito real. O subscritor obrigou-se ao *unus ex publico,* que no caso é ele mesmo. Se aliena o titulo ao portador, que empenhou, já o aliena gravado.

Pode encarregar o credor pignoratício de vendê-lo e *pagar* o que ele, subscritor, deve ao. titular do direito real de penhor (credor

pignoratício). Aí, não há mandato, há autorização para vender, em virtude da cláusula (sem razão, J. X. CARvALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial,* VI, 647).

.3. NEoócíos JURÍDICOS LOMBARDOS. Dentre os negócios jurídicos de penhor de títulos ao portador é de notar-se o chamado negócio jurídico lombardo *(Loinbardqeschdft).* No negócio juridico lombardo, o penhor fica dependente do mínimo que há de valer o título ao portador. Se há baixa de valor se o título ao portador não pode ser vendido por aquele mínimo), tem o titular do direito real de penhor a *denúncia cheia:* se o titular do direito real de penhor denuncia o negócio jurídico de penhor, o subscritor somente pode evitar a eficácia desconstitutiva, que teria a denúncia, reforçando a garantia, ou prestando o que corresponde à desvalorização abaixo do mínimo.

Tanto o pode concluir o subscritor como outro possuidor do título ao portador.

Não há qualquer diferença de tratamento se, no negócio jurídico lombardo, empenhante foi o subscritor.

4. USUFRUTO DE TITULO AO PORTADOR E FIDEICOMISSO DE TITULO AO PORTADOR. Pode dar-se que o subscritor dê ou legue em usufruto a alguém, antes de Ver havido qualquer posse de boa fé por outrem, o título ao portador. O usufrutuário recolhe os interesses , como possuidor impróprio imediato, fêz-se possuidor do título ao portador, e não só do bem móvel, que é o instrumento, o próprio subscritor. Se o vencimento ocorre durante o usufruto e esse ainda continua, o usufrutuário tem de continuar como tal a respeito do dinheiro, que fôr pago pelo subscritor, sujeito a caução o usufrutuário (Código Civil, arts. 729 e 730).

Quanto ao fiduciário, tem ele os frutos dos títulos ao portador, e ao implemento da condição ou ao advento do termo, há de entregá-los ao fideicomíssario .

O subscritor pode ser proprietário e ter alguém o usufruto. Pode ser fideicomissário , na propriedade resolúvel.

Pode ser empenhante do portador ao portador.

As considerações que acima foram feitas mostram a‟ importância da *teoria dos três momentos,* que, atendendo aos resultados da investigação científica e pondo em primeira plana a distinção entre *existência* e

eficácia <que é irradiação), revela os erros das teorias do século passado e do presente, sem deixar de apontar-lhes os acertos.

a) O subscritor, ao lançar a assinatura (ou ao praticar outro ato que a isso equivalha, pois há títulos ao portador não assinados), perfaz o negócio jurídico do titulo ao portador. Não se precisou de *outra* manifestação de vontade, de modo que é inegável a declaração de vontade. Entrando no mundo jurídico, pela satisfação dos pressupostos de suficiência, a declaração unilateral de vontade faz-se negócio jurídico unilateral.

b) O contacto com o *alter* é que faz irradiar-se a dívida. No conceito de *alter* está incluído o próprio subscritor se algum ato seu é determinador de posse imediata de outrem. O subscritor como que se *duplica* (subscritor, possuidor) sempre que dá posse imediata a alguém, porque, dando essa posse imprópria, já fêz irradiar-se dívida, e tal irradiação é a favor de quem tem a posse própria mediata, que, *ex hypothesi,* é o próprio subscritor.

c) Vencido o título ao portador, quem tem a posse imediata ou a própria tença pode apresentar o título ao portador, e então o que se irradia é a *relação jurídica de obrigação* entra o subscritor e quem seja o titular da posse própria. A apresentação faz surgir a obrigação, porém não necessariamente a favor do apresentante.

d) Sempre é de grande relevância a distinção entre as relações jurídicas, em que estão subscritor e possuidor de boa fé perante o subscritor, e as relações jurídicas em que se acham possuidores e tenedores dos títulos.

A decisão da 3□a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de agôsto de 1944 *(R. dos T.,* 452, 192), confirmativa (juiz VASCO CONCEIÇÃO), está certa, *in casu:* mas deixou de frisar que as relações jurídicas entre o subscritor e os portadores são diferentes das relações jurídicas entre os possuidores do título ao portador. Também o acórdão da 1,a Câmara Civil, a 22 de fevereiro de 1943 *(1?. dos T.,* 143, 673), certo no julgamento, *ia casu,* confundiu a relação jurídica entre o subscritor e o portador, *que eia o que se discutia,* com a relação jurídica entre possuidores. A mulher do ladrão, comuneira, pelo regime matrimonial de bens, não podia ser tida como possuidora de boa fé, para reclamar da fundação, que fizera tômbola, o prêmio do bilhete.

Assaz importante é notar-se que tanto nas relações jurídicas dentro da série dos que possuem ou dizem possuir o titulo ao portador como em

todas as relações jurídicas em que figura o subscritor pode haver posse como pode haver tença.

CAPÍTULO VII

REIVINDICAÇÃO DO TÍTULO AO PORTADOR PEDIDA PELO SUBSCRITOR COMO TAL..

§ 3.768. Pressupostos para a reivindicação

1. DIFERENÇA ENTRE A REIvINDICAÇÃO PELO SUBSCRITOR COMO TAL E A REIVINDICAÇÃO

PELO SUBSCRITOR COMO PORTADOR. Se o título ao portador ainda não for parar às mãos de algum *alter* digno, ainda não houve a eficácia. O titulo ao portador ou foi retirado por alguém, ou foi perdido. De qualquer maneira, *ainda* não foi, *ex hypothesi,* à posse de boa fé perante o subscritor, de modo que se tivesse de tratar o título ao portador como irradiante de crédito (= ainda não se criou a relação jurídica de crédito). Contra o possuidor de má fé. em caso de perda ou furto, o subscritor pode reivindicar o título. Só a *boa fé, perante o subscritor, do primeiro possuidor ou tenedor ou de outra pessoa,* que seria terceiro adquirente, *seria obstáculo à reivindicação.* Note-se aqui a diferença entre o desapossamento na série dos possuidores: em caso de furto ou perda, a boa fé de quem adquiriu boa fé em relação ao que pretende reivindicar não é óbice à reivindicação.

A razão para a diferença de soluções é digna de toda a atenção:

a) Na série dos possuidores, a posse é elemento para se estabelecer a propriedade dos títulos ao portador.

Qualquer elemento de boa fé somente se leva em conta segundo os princípios concernentes à aquisição da propriedade mobiliária e à proteção da posse.

b) Entre o subscritor e o *alter,* o que importa é a posse de boa fé *em relação ao subscritor.*

2. AÇÕES DO SUBSCRITOR. A característica do título ~te portador está em que o direito, que se nele reconhece, assisto ao legítimo possuidor do papel e se irradia dessa posse (cp. H. DERNBURG, *Das Birgeiliche i?echt,* II, /, 379, 407 s.>

com a posse que se compõe o direito, não porque seja acessório o direito, mas porque é a posse que produz o direito. Por isso, a ação para o subscritor reaver o título, quando em circulação, é sempre possessória (ação de esbulho ou ação vindicatória de posse), ou é a reivíndicatória, porém todas estacam onde há o possuidor de boa fé.

(A afirmação, que aí se faz, de ser a posse de boa fé perante o subscritor que faz irradiar-se o direito de crédito, se o título ao portador, na espécie, é título de crédito, ou a propriedade do bem, se é título representativo, é essencial à *teoria dos três momentos.* Os juristas, em geral, pensam em transmissão do crédito: o crédito, nos títulos ao portador, não se transmite. O que se transmite é a posse do título ao portador. da cártula. A promessa unilateral é levada pelos que transmitem a posse, ou apanhada pelos que adquirem a posse sem ter havido transmissão. A cada posse pelo *alter* digno, que é *o* possuidor de boa fé perante o subscritor, *nasce* o direito de crédito: a promessa foi uma só. a *eficácia é a* cada posse de boa fé perante o subscritor.) Fique, pois, desde já, assente: o subscritor somente pode reivindicar os títulos ao portador contra possuidores de má fé, salvo se o possuidor atual os adquiriu sem conhecer a natureza do objeto comprado e os houve como objetos, sem que viesse, a conhecer o que adquiriu.

A dívida do subscritor surge enquanto o título ao portador permanece em mãos do ladrão, dos cúmplices ou de possuidores de má fé (em relação ao subscritor). O contacto com o *alter* digno é indispensável ao surgimento da divida e o contacto em o possuidor de boa fé é o único contacto *protegido.* A má fé, *na série dos possuidores,* e não em relação ou subscritor, não se leva em conta para se apreciar a atitude do subscritor ou emissor; porque urna coisa é a *relação jurídica.* em que é devedor o subscritor, e outra, aquela ou aquelas, que fizeram a circulação do título ao portador. Mais uma vez se evidencia a utilidade e a verdade da separação nítida entre elas.

Por vezes, na própria jurisprudencia se vê chamada portador de má fé e. como tal, subordinada às objeções e exceções do subscritor, a pessoa acusada por algum possuidor de haver--lhe furtado, ou roubado, ou ter adquirido, cientemente, o título que outrem furtara, roubara; ou achara. evidente. A má fé, que permite as objeções e

exceções do subscritor, e a má fé em relação a esse, o furto, o roubo, a apropriação indébita, ou outro crime, a achada, de que foi vitima o subscritor, e não aquilo que sofreu qualquer um dos elos de cadeia dos possuidores. Nessa espécie, ao subscritor não fica o direito de objetar ou excepcionar: intimado judicialmente, teria de não pagar, até novo mandado, coisa, e bem de ver, essencial-mente diversa.

§ 3.769. Posse de boa fé e posse de má fé em relação ao subscritor 1. MÁ FE EM RELAÇÃO AO SUBSCRITOR. Ao portador de má fé *em relação ao subscritor* o subscritor pode opor quaisquer objeções e exceções. Entrar na indagação da causa 01: da validade da aquisição por parte do portador, na série dos possuidores, isso se veda ao subscritor. Se o faz, obra a próprio risco.

Não obstante ser erro crasso, não raro vemos confundir-se a má fé em relação ao subscritor, que abre portas às objeções e exceções desse, com a má fé por parte do portador na série das posses, assunto estranho à defesa do vinculado ou do obrigado ao portador.

A boa fé, a que se reporta a lei, para dizer imune o portador de boa fé, não é a que preside à aquisição do titulo aa portador durante a sua vida circulatória. Com essa nada tem o subscritor, ou emissor. judicialmente 2 quer dizer, por intermédio do Estado, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica pode o subscritor ser impedido de pagar a alguém que tenha o poder fáctico sobre o título ao portador. Mais um.a vez se caracteriza a objetividade; portanto, a cômoda ajustação da teoria..

Antes de haver o contacto com o *alter* digno, o papel ou outro material com que se fêz o título ao portador contém a promessa do subscritor, que é promessa unilateral. Não importa se o subscritor o guardou no cofre, ou se o ladrão levou. Enquanto não vai parar nas mãos dc possuidor de boa fé perante ele, subscritor, crédito não há, e o subscritor pode reivindicar o título, ou vindicar a posse. ou exercer a ação possessória de esbulho ou de turbação.

À aparição da posse de boa fé perante o subscritor começa a irradiação de eficácia. O crédito nasceu e contra o titular dele, possuidor de boa fé perante o subscritor, não tem esse qualquer ação real, seja petitória seja possessoria.

2. TITULO AO PORTADOR, COISA MÓVEL. O título ao portador é ato jurídico e é coisa móvel, realidade palpável, valor *preexistente* ao direito de crédito. O crédito irradia-se dele . Não é somente prova: é fonte. Cada possuidor é titular, *pro tempore,* da posse, do direito de crédito e do direito de apresentação, direito, esse, que não constitui anormalidade, porquanto quem possui objeto, qualquer que seja, de metal, de madeira, de osso, de papel, implicitamente pode apresentá-lo. Apenas, tratando-se de título ao portador, ou de outro *título incorporante,* a apresentação tem o efeito de criar a relação jurídica *obrigacional. t,* num dos seus elementos, o poder fáctico, geral, de exibir o que é seu. No título ao portador, tal direito de apresentação é *qualificado,* no sentido de ter o efeito que a promessa inserta confere, como valor e como fonte do valor, ao título.

Deve-se afastar qualquer alusão à suspensividade, razão por que de nenhum modo serve à nossa atitude a palavra *pendência.* Nada pende. O subscritor já é declarante unilateral de vontade, já se introduziu no negócio jurídico, como qualquer outro declarante; desde que se dê o contacto com o *alter* digno. faz-se devedor. Cada possuidor, ao adquirir o título, já é titular do seu direito real, ou da sua posse, do direito de crédito e da possibilidade jurídica de apresentar o titulo quando disso fôr época.

O subscritor prometeu ao *alter,* mas ao *alter* digno, isto é, ao possuidor de boa fé perante o subscritor.

Cada pessoa, depois da posse de boa fé perante o possuidor, que também o seja, é titular do crédito. A unilateralidade somente concerne à manifestação de vontade inserta no título ao portador. A cada posse de boa fé perante o subscritor nasce *a divida,* isto é, estabelece-se a relação jurídica de divida. A relação jurídica, essa, é bilateral: não podia deixar de ser bilateral. Seria absurdo por outro lado que o devedor pudesse reivindicar, ou vindicar a posse, ou reintegrar-se na posse, *contra* possuidor de boa fé perante ele, portanto *contra* o credor.

O problema difícil da construção jurídica dos títulos ao portador torna-se fácil e de si mesmo se apaga se distinguimos, com toda a exatidão científica, os três momentos e se evitamos toda confusão entre relação jurídica do subscritor com o *alter* e relações jurídicas entre possuidores ou tenedores.

§ 3.770. Casos acidentais

1. Dois CASOS MAIS EXPRESSIVOS. Se o subscritor adquiriu o título ao portador sem o cancelar e o título é furtado, ou perdido, .~,qual a ação que lhe toca a de subscritor desapossado, ou a de possuidor inserto na série dos possuidores? A questão tem o seu *pineturn saliens* na incolumidade, ou não, dos possuidores, terceiros, de boa fé.

(a)Se a ação há de ser contra o autor do furto, ou o achador do titulo perdido, nenhuma dificuldade há: tanto como. subscritor como na qualidade de possuidor, devedor aliás -a si mesmo, o subscritor pode reivindicar o título furtado ou perdido. Poderia também vindicar a posse. Ou propor ação possessória.

(b) Se o título ao portador foi furtado ou perdido e já se acha em mãos de possuidor de boa fé em relação ao subscritor, nenhuma ação tem esse : tê-la-ia se o título ao portador já estivesse em suas mãos como título substituído ou pago, com sinal de substituição (ou de pagamento). Se o titulo ao portador estivesse em poder do subscritor sem ser por substituição (ou pagamento), seria ele possuidor como outro qualquer da série dos possuidores e, em caso de furto ou perda, a reivindicação seria permitida. Aí, o subscritor não figura, nas relações jurídicas, como subscritor. Acontece que também é subscritor. O que ele é é possuidor como qualquer outro, com os direitos, pretensões e ações que concernem à vida circulatória do título ao portador.

2.TITULO AO PORTADOR FURTADO OU PERDIDO PELA) SUBSCRITOR ANTES DA ENTREGA COMO TITULO SUBSTITUTO. Se a entrega do título a ser substituído foi feita e, no momento de ser feita a substituição, isto é, antes do apresentante do título deteriorado receber a duplicata, há furto, ou perda, o subscritor há de ser tratado como o apresentante se a ele é que houvesse sido furtado, ou se fora ele a vítima da perda.

Todavia, pode ocorrer que o título ao portador, que teria de substituir o que foi entregue, tenha ido parar as mãos de possuidor de boa fé perante o subscritor. O crédito nasceu a favor desse possuidor de boa fé perante o subscritor. O subscritor tem de entregar outro exemplar ao apresentante e está exposto à apresentação do título furtado, ou perdido, mas já na posse de *alter* digno.

O furto ou a perda *imediatamente* após a entrega a quem reclamou a substituição trata-se conforme os princípios que regem a reivindicação, a vindicação da posse e a tutela possessória, *na série dos possuidores.*

CAPITULO VIII

ACIDENTES DA VIDA DOS TíTULOS AO PORTADOR

§ 3.771. Posição de problemas

1. FORA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS ORIGINARIAS . As relações jurídicas ordinárias entre o subscritor de títulos ao portador e o *alter,* que é irias *ex publico,* são as que correspondem à *dívida* e à *obrigação ,* isto é, ao *crédito* e à *pretensão.* As relações jurídicas ordinárias entre possuidores dos títulos ao portador, na série, portanto, dos que *portam* o título, são as que derivam de acordos de transmissão da propriedade, de posse ou de tença entre eles, o que se passa, necessariamente, na *distensão do tempo.*

Posto que já tenhamos tratado de fatos que podem ocorrer entre a subscrição e a apresentação para pagamento, que são os fatos extremos, no tempo, normais, da vida dos títulos ao portador, há casos que merecem exame especial.

Alguns resultam de exercício (ou exercítabilidade) de direitos acessórios dos possuidores; outros, de eventualidades . A própria circulação.

2. TÍTULOS AO PORTADOR SEM ACIDENTES OU DE POUCOS ACIDENTES POSSÍVEIS. Sem acidentes possíveis títulos ao portador que; furtados ou perdidos, não podem ser substituídos a tempo, como são as entradas de empresas de diversões, bem que a portaria possa a tender a comunicação do fato, se o entende, como se o bilhete perdido ou furtado é numerado. (Quem aparece com ele ou furtou ou achou. Todavia, sem provas que justifiquem a prisão em flagrante, a solução é tomar-se nota do ocorrido, com os nomes, sem que se possa impedir que exerça a pretensão o que apresenta o bilhete.) Títulos ao portador de acidentes pouco prováveis são aqueles que não permitem duplicatas ou outros exemplares, como. de regra, os bilhetes de loteria, e os que ocasionalmente se depositam em estabelecimento

bancário ou de outra espécie. em conjunto ou separadamente, como coisa não-fungivel.

§ 3.772. Novas cártulas aos portadores

1.DUPLICATAS OU EXEMPLARES A MAIS. O possuidor do título não tem nenhum direito especial a duplicatas ou exemplares a mais; incumbe-lhe alienar, depositar, empenhar, dispor do título, como lhe aprouver, ou apresentá-lo e obter o adimplemento da obrigação no dia do vencimento. Mas há espécies que conferem outros direitos, que não constituem, contudo, caracteres genéricos do titulo ao portador. Assim as ações inominadas.

Outros há que expressamente permitem a obtenção de duplicata, ou exemplares a mais, quando gasto ou alterado o original. Outros ainda, o de se exigir nova prestação, depois de perfurada *(picotée)* a cártula ou bilhete, *e.* g., os cartões de passagem, jogo , ou entrada, que, ainda depois de carimbados ou perfurados, servem de novos títulos, com funções às vezes diversas.

A lei brasileira não cogitou, explicitamente, do direito de obter novo exemplar, se gasto, manchado ou desbotado o original. Mas, sempre que se trata de título destinado a ampla circulação, ou intensa negociabilidade, como se dá com as ações ao portador e as debêntures, está entendido que o subscritor deu lio portador o direito de exigir a substituição ou duplicata

Não se poderia estender a presunção aos bilhetes de loteria, que, se, em verdade, se transferem de mão em mão, não foram destinados à mesma circulabilidade que os títulos de crédito propriamente ditos. Como os bilhetes de loteria, muitos outros. Porém é preciso fixar-se um critério, sem o que, teríamos, no assunto, a arbitrariedade das opiniões ocorrentes a propósito de cada um dos casos concretos.

2. TÉCNICA LEGISLATIVA. O antigo Código Comercial italiano, art. 56, pr., concedia ao portador, expressamente, o direito de trocar o título rôto, sujo ou gasto, por outro equivalente, ou duplicata, se ainda reconhecível o original. No Código Civil italiano (vigente), o art. 2.005, tomou a mesma trilha: “Ii possessore di un titolo deteriorato che non sia pid idoneo alIa circolazione, ma sia tuttora sicuramente identificahile, ha diritto di ottenere dall‟eníittente un titolo equivalente verso la restituzione deI primo e il rimbolso delie spese”.

O Código Civil alemão estatui, no § 798, que o portador de título, que se não presta mais a circulação, devido a se achar deteriorado ou danificado, pode, se ainda são reconhecíveis com certeza o seu conteúdo e seus sinais característicos, pedir ao subscritor nôvo título, em troca do impróprio ao mister; mas o apresentante tem de suportar

e adiantar as despesas.

Na França, como no Brasil, a lei não cogitou da hipótese. Na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, faz-se distinção entre a *alteração voluntária* e a *alteração acidental:* primeira espécie, não tem o portador direito à troca; na segunda, não se perde o título ao portador e pode-se pretende: outro.

No Brasil, os princípios são os seguintes: a) serem exibidos para a substituição os títulos ao portador: ?fl serem identificáveis; senão ter sido pré-excluída, em cláusula do próprio título, a substituibilidade.

3.PRESSUPOSTOS PARA A SUBSTITUiÇÃO. Para que ~ portador possa intentar a substituição, faz-se preciso que o título ainda conserve os sinais distintivos: se numerado, ou em série, o número do exemplar e a ordem da série; a importância e outros sinais. Não se exige que sejam perfeitos os caracteres e as letras: basta que não estejam em situação tal que se possam suscitar dúvidas. Atende-se, exclusivamente, à *identidade* do título.

As duplicatas ou exemplares para substituição são e devem ser encontrados em mãos do subscritor ou emissor.

Porém nada obsta a que se declare, no título, que outrem se encarrega do serviço de troca de títulos deteriorados ou sujos *(e. q.,* o Estado de São Paulo incumbia seus banqueiros franceses de procederem às substituições dos títulos).

Os títulos devem ser destruídos , quando se der a retirada da circulação consequentedente ao pedido de outros, que os substituam. O modo de destruí-los é perfurá-los, ou riscá-los, e melhor é aquele processo do que esse. Se, perfeito, volta à circulação, o subscritor responde ao portador de boa fé, na forma do art. 1.506.

Caso digno de todo o escrúpulo é o do título rôto ou cortado. A regra jurídica formula-se nos termos seguintes: só permuta identificado e suscetível de troca o exemplar que contém os sinais característicos e, ainda, que seja, evidentemente, mais da metade do titulo inteiro (se a metade bastasse, haveria dois títulos).

Se é certo que a índole literal do titulo ao portador permite presumir-se, nos títulos de grande circulação, o direito de haver novo exemplar, também é certo que se rito deve levar a concessão até onde constitua, não mais conseqüência da intensa negociabilidade, mas apenas verificável intuito do portador de destruir ou romper o título, a fim de

obter a troca, que so se subscritor como conseqüência de ter criado, voluntariamente, título destinado a ampla negociabilidade. Não se poderiam conciliar os dois fins obtenção de pagamento em dia determinado e circulação, às vezes intensa com a insubstituíbilidade do papel inominado que se desbotou, sujou ou se rompeu.

4. SUBSTITUIÇÃO . Na ocasião da troca, o subscritor ou emissor recebe o título estragado ou seus fragmentos; carimba-o, rompe-o ou guarda-o, e entrega outro ao portador, com os mesmos caracteres, quer se trate de emissão singular, quer de títulos emitidos em massa, pois não se deve atribuir ao novo exemplar outra natureza que a do substituído. A fungibilidade, nos títulos, é a exceção; e no direito brasileiro, que permite a reivindicação dos títulos ao portador quando perdidos ou roubados, deve o subscritor ou emissor guardar o exemplar rôto, deteriorado, ou apenas embotado, a fim de não desfazer a identidade do papel (desmaiado, talvez) e evitar pesquisas e indagações a respeito de sua origem. Mas isso somente se entende quando há neles notas ou sinais capazes de fixar a identidade, como, por exemplo, datas, nomes, carimbos. Não quer isso dizer, todavia, que a lei obrigue o subscritor ou emissor a tais precauções a favor de terceiros. Como por vezes ficou assente, só se lhe exige não pagar, nos casos de intimação prévia (art. 1.509). Na substituição, não se trata de pagamento, mas sim de ato do subscritor, que se permeia na circulação do título. Se o terceiro prova a sua má fé, responde o subscritor, como de direito; ai, ineficaz foi a substituição, e deve o subscritor entregar o título substituído ou ressarcir o prejuízo que sofreu o terceiro injustamente desapossado.

Se o subscritor ou emissor substituiu título ao portador *que mio podia ser substituido* e o exibidor, que obteve a substituição, furtara o título ao portador, ou achara o titulo perdido, não se livra da posição de devedor na espécie do art. 1.509 do Código Civil. Idem, se o substitui, mesmo se cabia a substituição, depois da citação de que fala o art. 1.509, ou de qualquer outra citação em que se lhe dê ciência do furto ou da perda.

É recomendável que os possuidores de títulos ao portador, por esse e outros motivos, avisem logo ao subscritor das perdas ou furtos que sofreram, não só judicialmente, como estatui o Código Civil, art. 1.509, para evitar o *pagamento, a* detentor ilegítimo, como para evitar a troca do achado ou do furto, o que se pode fazer sem a formalidade judicial e imediatamente, com as designações que individuem o titulo perdido, ou furtado (art.

521), ou, ainda, esbulhado por algum possuidor ilegitimado (arts. 508 e 504).

5.BILHETES DE LOTERIA. Os *bilhetes de* loteria são, em regra, insubstituíveis. A vida deles é curta.

Procede-se á extração em breve tempo: se sorteado, o possuidor de título rôto, estragado, ou sujo apresenta-o, a fim de haver o quanto, e a regra é que a empresa deve pagar, se contém os caracteres individuantes, conforme os princípios comuns, que podem ser restringidos ou ampliados por expressa declaração nos bilhetes. No caso de perda ou furto, o possuidor recorre ao juiz que, por mandado judicial, manda intimar a empresa a não pagar ao pretendido portador ilegítimo. Procede-se á vindicação da posse na forma do art. 521 do Código Civil, mas não se substituem os bilhetes conforme o art. 1.509, parágrafo único, porque o bilhete de loteria, por disposição de lei especial e por sua função, é insubstituível.

Em todo o caso, pode no próprio bilhete, ou em virtude de lei especial sobre determinada loteria, ser admitida a substituição, o que se justifica, por exemplo, nas extrações de longo prazo, ou quando o sorteio é acessório de empréstimo. No último caso, prevalece a lei do principal.

6. CHEQUES POSTAIS. Passemos aos *cheques postais.* Apresentado à repartição do Correio o cheque postal, deteriorado, em modo que se torne impossível a verificação do número de ordem, ou do valor, ou manchado, ou rôto, de feição que não preste como documento apto para o efeito da contabilidade, o empregado, a que se exibiu, tem de retê-lo e, passado ao portador o recibo com minuciosas declarações do estado e caracteres perceptíveis do cheque, enviá-lo à repartição emissora. O portador é obrigado a fazer declaração de próprio punho que contenha: a) o nome e endereço da pessoa que lhe remete o cheque; *b)* o estado em que lhe chegou às mãos; o) quem estragou ou alterou o cheque, se o sabe. Se o podador não sabe ler, ou não pode escrever, são redigidas por terceiro as declarações, perante duas testemunhas conhecidas do empregado, que atestem, assinando, a verdade do ato. Cheques e declarações devem ser remetidos, sem demora, sob registro de serviço, à repartição emissora, a fim de que essa autorize, ou não, o pagamento. Se o cheque, meio destruído ou danificado, foi encontrado nas malas, a repartição tem de chamar o destinatário, a fim de saber o nome e a residência do remetente, e oficiar, sob registro, à repartição, com as informações recebidas e as

que concernírem ao estado do cheque, juntando-o, para que se decida de acordo com o regulamento.

No caso de extravio de *cheque.s postais nominais,* podem ser fornecidas segundas vias deles aos remetentes, mediante requerimento e apresentação do recibo respectivo. Não se fazem nunca segundas vias de cheques ao portador. *Cheque postal ao portador,* uma vez destruído , é cheque morto. Nominais ou ao portador, os cheques postais não permitem reembolso : destruidos os nominativos, dão-se novas vias; os inominados, falecem a *União ganhou* o *que recebeu para o emitir.*

§ 3.773. Destruição completa dos títulos ao portador

1. Posição O PROPLEMA. Impõe-se-nos, agora, o estudo das hipóteses de destruição completa (lo título. Não mais se trata de papel estragado ou rôto, com caracteres difícil ou perfeitamente legíveis; não mais se atende à existência de sinais distintivos, pelos quais se identifique o titulo e, em troca. se obtenha o outro, em operação material de troca. Vamos mais além: imaginamos que se queimasse completamente, que inteiro se deteriorasse, ou que se derretesse, no caso, por exemplo, de bilhetes de celulóide, o instrumento da dívida.

2. DESTRUIÇÃO COMPLETA E INEXISTENCIA. O título destruído deixa de pertencer, materialmente, ao mundo fâctico, como papel Não se pode querer, senão em casos especialíssimos de felicidade e de presteza em se chegar ao - lugar onde se operou o desastre, ou o atentado, que as cinzas do documento conservem os caracteres distintivos da apólice, da letra de câmbio, ou do que fôr. Se o ensejo feliz se apresenta. de assim ainda se alcançar o papel queimado e de se lhe lerem. com exatidão, os dizeres essenciais, outro será o caminho que há de seguir o portador: não se terá de alegar destruição, mas deterioramento parcial. Provada, pelos sinais ainda visíveis, a identidade do titulo, terá o subscritor de fornecer substitutivo, de acordo com o que anteriormente dissemos.

Se os fragmentos não permitem que se vejam ou se entendam os dizeres, de maneira que se assente a identidade do papel, ou se os fragmentos não compõem mais de metade do título com os enunciados essenciais, ou se não os há, o portador não pode recorrer aos expedientes breves da substituição por troca do papel ou de outra cârtula.

Não pode ele apresentar o titulo; tem apenas, a seu favor, a lembrança, ou nota dos sinais individuais do título destruído. Não se

pode assimilar a situacão dele à do portador que foi (lesa possado por esbulho, abuso de confiança ou perda. Porque, ai, o título sobrevive à posse direta do portador, ao passo que, na espécie. que ora versamos, a posse do portador sobrevive ao titulo Mas, pergunta-se, ~ a posse pode ultrapassar, no tempo, a existência da coisa possuída? Não será isso forte argumento contra as teorias que vêem na posse a fonte do direito d" portador dos títulos?

Se o título é substituível, ou se é amortizável, o que prevalece é o *princípio da sobrevivência do titulo ao portador a~ material.* Trata-se a destruição completa como se trataria a perda ou o furto. Aliás, a perda pode ter sido seguida de destruição completa; bem assim, o furto. Seja como fõr, se a cártula não mais existe e pode ser entregue ao portador outro exemplar, o que se há de entender é que o direito de crédito subsiste e com ele o direito a cártula, bem incorpóreo consistente em direito a que se preste bem corpóreo. Durante todo o tempo em que se prepara a substituição, ou a amortização com a entrega de nôvo exemplar, o possuidor do título ao portador é *possuidor* da cártula a que tem direito, o que se torna fácil de conceber em sistema jurídico, como o brasileiro, em que, no tocante à posse, se abstrai do *animus* e do *corpus.*

3.O PROBLEMA E AS ATITUDES DA DOUTRINA. Urge tomar-se o fio do problema e afastarem-se, uma por uma, as dúvidas e os embaraços que soem aparecer. Os que considerassem o título simples documento probatório não depariam dificuldades: sempre é possível fornecer duas vias ou mais de um recibo ou de um contrato. Assim sucede quase sempre aos que se embandeiram nas teorias do simples documento. Salvo E.VIDARI *(Corso di Diritto capim crcialc,* III, 19), cuja inconseqüência foi verberada (ARNALDO

BRUSCHETTINI, *Trattato dei Titoli ai portatore,* 519), e outros, poucos, porque são os que seguem doutrinas de absoluta ligação entre o direito e o papel, de modo que desapareça o crédito no instrumento, tiram a conclusão lógica da impossibilidade de se fornecerem novos títulos.

Na Itália, antes do Código do Comércio de 1882, digladiavam-se as opiniões. J)e um lado, estavam os que levavam a compenetração indissolúvel do crédito no título à extrema conseqüência de importar extinção da dívida o fato de se ter destruído o título. O subscritor não poderia fornecer nôvo exemplar, ou duplicata, ou qualquer fórmula, que substituísse o papel extinto. Morto o corpo, cessava o espírito e *casum sentit dominus,* ou *res perit domino.* Outra opinião pretendia

justamente o contrário: a duplicata não devia, nem podia ser negada.

A indissolubilidade assegurava a sobrevivência.

Prosseguiu, por muito tempo, a primeira opinião. cousectária da teoria prevalecente. Confundia-se, lamentavelmente , a destruição com os desapossamentos. Houve, porém, opiniões intermédias, que apenas restringiam as possibilidades de alcance de novo espécime, com o exigir-se prova rigorosa da pretendida destruição.

Hoje, rege o art. 2.005 do Código Civil italiano: "II possessore di un título deteriorato che non sia piú idoneo alIa circolazione, ma sia tuttora sicuramente identifícabile, ha diritto di ottenere dall"emittente un titolo equivalente verso la restitutzione dei primo e il rimborso deile spese".

Tal o direito do possuidor (e dizemos possuidor, porque é a posse de boa fé perante o subscritor que interessa a esse), o que sustentamos, desenvolvidamente, em 1921, na 1~a ed. Da obra *Dos Titulos ao portador* (345-363) e, em 1933, na 2.~ ed. (II, 70-91).

Aí não há solução ao problema da substituição do título ao portador completamente destruído .

Se há a identificabilidade, o problema é fácil de resolver-se. Se a destruição é total, é outro o problema.

Na espécie extrema, que é a destruição total, sem que possa dizer *qual* o título ao portador que foi destruído , com se a emissão em massa não foi de títulos ao portador nomeados, têm-se de afastar substituição e amortização seguida da entrega de novas cártulas. Como seria possível levar-se ao conhecimento do público que o título ao portador foi destruído e que se vai favorecer novo exemplar? O juízo da amortização teria de acarretar com a responsabilidade de considerar feita a prova da destruição total do título ao portador indentificável . acaso esteja a circular, para que, retirada a juridicidade do que se supõe destruído, ou está destruído, se entregue-ao portador outro exemplar.

4. ExERcícIo DA PRETENSÃO A HAVER OUTRA cártula . Sã ficou assente que o direito sobrevive ao título, pois que 1he é possível readquirir a sua *forma* originária num título que lhe equivalha.

Exigem-se, em todos os casos:

a) A *alegação* e a *prova da posse.* Se há quem também se diga

possuidor, o segundo reclamante deve suscitar, no juízo competente, a devida ação possessória. Não se poderiam atribuir ao subscritor a apreciação e o julgamento de situações contenciosas. Mas, se parece evidente a posse de um, em vez da de outro, e o subscritor julgar acertado entregar-lhe o novo exemplar, corre por sua conta e risco, embora obre, ou não, de má fé.

No direito italiano so se exigia a prova da posse imediata, que eles chamam "material", porque se não deve exigir mais do que se requere para o pagamento (ARNALDO BRUSCHETTINI, *Trattato dei Titoli ai portatore,* 520; CESARE VIVANTE, *Trattato di Diritto eornmereiole,* III, 649).

Outra não é a solução, no direito brasileiro, porque perante o subscritor não se cogita senão da posse que permita a apresentação.

O interessado em que o subscritor, ou emissor, não entregue ao apresentante a duplicata ou exemplar tem de ingressar em juízo para que o subscritor, ou emissor, *deposite* a duplicata ou exemplar do título ao portador que vai substituir o que foi destruído. Não há outra solução, porque o problema quanto à propriedade ou à posse está pôsto e só a justiça o pode resolver.

b) A *alegação* e a *prova da destruição.* A prova não é fácil fazer-se. Prova de lato, pode ser feita pelos meios legais de prova, quaisquer que sejam. As presunções; para que sejam bastantes, devem ser precisas e concordantes, de maneira que convençam ter sido o título ao portador realmente destruído Por exemplo: os pedaços de papel queimado, que não seriam o suficiente à prova da identidade, a fim de se operar a troca, serviriam, aí, para a prova de se haver queimado algum titulo;

a compra de um, ou muitos, dentre os quais falte o que se pretende queimado; a nota dos que possuía o reclamante. Haveria a presunção *hominis.* O que não permite de si só a entrega de nôvo título é a simples probabilidade, por mais notável que seja, da destruição do original. Se o subscritor o entrega, e por seu risco.

(a) Em França, se um título foi deteriorado, em parte, pelo fogo, ou por água, ou por algum roedor, ou por outro qualquer motivo, o possuidor deve levar os fragmentos ao banco ou casa emissora. Se as partes essenciais do titulo não desapareceram e se se pode verificar a sua identidade, no ajustá-lo à fonte, nenhuma dificuldade faz o estabelecimento em fornecer duplicata ao portador, que paga as

despesas. No caso de haverem desaparecido alguns cupões, ou um só, fica consignada a soma, que será entregue cinco anos após o vencimento, salvo se outrem os veio receber, o que destrói a presunção, ou simples suposição, de se terem queimado ou de qualquer outro modo sido destruidos. Para evitar a perda possível, quiçá ignorada pela vítima da destruição, o possuidor pode usar da *oposição.* Na hipótese de haver dúvidas‟ sobre a identificação do titulo parcialmente destruído, o possuidor tem de conformar-se com as regras jurídicas da Lei de 15 de junho de 1872, que a Lei de 8 de fevereiro de 1902 modificou, isto é, ao processo do desapossamento.

~ *Quid iuris,* se o título foi destruido em incêndio, ou desapareceu em naufrágio, ou em enchente, ou no que fôr?

A doutrina vacilou, em França. Alguns autores, a quem lembrou o art. 1.348 do Código Civil francês (“ElIes reçoivent encore exception toutes les fois qu‟il n‟a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l‟obligation qui a été contractée envers lui. Cette seconde exception s‟applique, 40 Au cas oú le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suíte d‟un cas fortuit, imprévu et résultant d‟une force majeure”), pensam que o estabelecimento deve conceder duplicata e, em caso de recusa, a justiça pode constrangê-lo a isso.

Outros, porém, mais razoáveis (GABRIEL BENEZECE, *Guide pratique en cez.s de Perte et de VoZ de Titres au porteur,* 45. 46), com atenderem a impossibilidade ordinária da prova absoluta da destruição ou desaparecimento perpétuo do título. fazem aplicável à espécie a regra jurídica quanto à perda e ao furto, isto é, as regras jurídicas da Lei de 1872. rfodavl., THÉOPI-IILE lIuc *(Conunentaire théorique út pratique da („odé Civil,* 14, ~ 523, 662>, que, no comentário ao art. 1.348, tocar:, o assunto, sem suficiente extensfl<i e clareza, afirmou, soi, ii art. 2.279, que a Lei de 1872 não se aíilic;iva aos casos de destruição dos títulos ao portador.

(b) No direito alemão, o ~ 799, alínea fla, ja parte, do Código Civil alemão falou do título ao portador *perdido* (gekommene Schuldverschreibung) ou *destruído* (vernichtete Schuldverschreibung) Equiparou a destruição à perda. O que importa é que tenha deixado de ser apto à circulação. A Lei alemã de Bilhetes de Bancos, de 30 de agôsto de 1924, fêz pressuposto a apresentação de mais de metade, o que afasta a invocação da regra jurídica de direito comum. Tem-se de proceder à *amortização.* Aliás, o § 799, alínea lA, 1~a parte, também é invocável se a destruição parcial é tão grande que se há de equiparar à destruição (ADELMANN, *Kraftloserklãrung,* 28).

(c) No direito brasileiro, somente se tem de distinguir da *susbstituíção por troca a substituição por amortização*

. Se o que resta hasta à identificação, sem possibilidade de *dualidade* de cártula. claro é que se pode dar a troca, que substitua a cártula. Se não há elemento suficiente à identificação, a a dação de nova cártula somente pode ser mediante o *procedimento edital, à* semelhança do que se faz para- a dação de novos títulos ao portador, em caso de desapossamento. Têm-se, assim, soluções precisas: a) Se o titulo ao portador, destruído, mesmo mediante dados apontados pelo interessado, não há substituibilidade possível, nem, tão-pouco, amortizabilidade, com entrega de nôvo título.

b) Se do título ao portador, destruido, há elementos identificatívos que podem ser entregues ao subscritor, ou emissor, sem risco de que outrem se apresente com a mesma legitimação, o *uso do tráfico,* na ausência de lei, determina que o subscritor, ou emissor, proceda à substituição.

c) Se o apresentante apenas pode comunicar os sinais identificativos do título ao portador destruído, tem-se de pedir, com o procedimento edital, a amortização e a entrega dê duplicata ou nôvo exemplar.

5. APÓLICES DA DÍVIDA PÚBLICA. As apólices da dívida pública, quando perdidas, podem substituir-se por outras de iguais númerds e valôres. Trata-se, pois, de *duplicata. É* óbvio que, além do número de ordem, são de exigir-se a *série,* o *ano da emissão* e mais caracteres distintivos. Em todos esses casos de substituição, é essencial a *identidade do titulo.* Sem as notas individuantes, nada se pode fazer, porque seria embaraçasse o curso de outras que não a determinada apólice , de que se quer duplicata, como também expor-se o subscritor, que, na hipótese, é a União, o Estado-membro, o Distrito Federal, o Município ou o Território, a pagar mais de uma vez, se a duplicata não excluir, pela identidade extrínseca, a apólice perdida.

A Lei de 15 de novembro de 1827 estatuía, no art. 66: “Se o portador de uma apólice a perder, poderá haver da Caixa de Amortização, e suas Filiais, outra apólice de igual número e valor, justificando primeiramente a perda, e pagando, para as despesas da caixa, o mesmo que se acha disposto no art. 34”, isto é, 1/4 por cento do valor da apólice, hoje elevado a 1/2 por cento. Pergunta-se: ~,o art. 66 referia-se a perda, desapossamento involuntário e casual, ou a todos os modos de destituição injusta e cessação anormal da posse? Em

verdade, o art. 66 da Lei de 15 de novembro de 1827 apenas dizia ser possível a emissão em duplicata, porém sem entrar na enumeração dos pressupostos necessários. Aludiu somente à referência ao número e ao valor e ao quanto das despesas. Ora, o que rege é o direito comum.

Não se compreenderia que, à simples informação do portador, se fornecesse a duplicata da apólice ao portador.

Seria atribuir-se a órgão da administração poder que os órgãos judiciários não têm. Somente após a amortização se poderia pensar em dação de duplicata.

6. CHEQUES POSTAIS. *Cheques postais,* extraviados, ou destruídos , quando nominativos, permitem o pedido de segundas vias. Não assim, porém, os cheques postais ao portador: destruídos , perdeu-os irremediavelmente o portador; extraviados, pode a vítima da perda ou do furto recorrer aos processos legais de reaquisição de posse. Não, porém, à regra jurídica do art. 1.809, parágrafo único, do Código Civil. A providência para que não pague torna-se ilusória pela possibilidade de ser recebido o cheque em quaisquer das repartições postais autorizadas a pagar e emitir. Quanto aos cheques postais semi-destruidos , já dissemos. A vida assaz curta do cheque e o atabalhoado do serviço público legitimam a solução da extinção da dívida no caso de se destruir o cheque postal concebido ao portador.

7. *TÍTULOS* AO PORTADOR SEM DIZERES. Há títulos ao portador nus de dizeres. Nenhuma declaração contêm. Nem, sequer, muita vez, simples traços, quadriculados ou desenhos concêntricos São inteiramente lisos e de uma só côr, *e. g.,* as fichas de alumínio usadas por algumas empresas e as de mar~ fim ou matéria plástica por salões de conferências públicas. Segundo as circunstâncias da emissão, o programa, a natureza do título, podem elas ser ou não substituidas.

E na verificação deve-se atender à vida, longa ou curta, do titulo. Nos dois exemplos citados fora sem grande alcance admitir-se a substituição compulsória, é tão breve a vida do cartão ou ficha de cinemas e teatros! é tão mais breve ainda a da ficha de conferência! O que pode dar-se mas sem obrigatoriedade é a substituição a líbito do emissor, que há de velar pela mantença da simpatia despertada pelo estabelecimento e querer que o ato de atender ao alegado cative a freguesia. Mas, aí, há emissão de *outro* titulo, manifestamente caracterizada pela voluntariedade do novo ato de emissão. Dois atos volitivos, dois fenômenos jurídicos.

Nesses casos, ou não tem o portador de pagar despesas, ou o estipula o emissor no momento de aquiescer na entrega de nôvo exemplar. Ou, conforme as circunstâncias, mera substituição voluntária, se não figura em caixa o importe.

§ 3.774. Medidas do terceiro para impedir pagamento

1.TERCEIRO E OPOSIÇÃo *A* PAGAMENTO. A relação jurídica de crédito é somente entre o subscritor e o possuidor. Não importa se aquele não sabe quem seja o titular da posse. Conforme vimos. o direito vai ao ponto de permitir ao subscritor que pague sem investigar quanto à posse do apresentante e de a quem *pode* apresentar a legitimação para fazer nascer a obrigação do subscritor, antes apenas devedor, e cobrar o pagamento.

Todavia, pode alguém ter controvérsia com a pessoa que pode ou poderia apresentar, e o sistema jurídico seria falho se não desse ao terceiro o meio de evitar o pagamento a quem não tem o poder de dispor do título, ou por não ter posse de *alter* digno, ou por outro fundamento.

No Código Civil, art. 1.509, está dito: “A pessoa, injustamente desapossada de títulos ao portador, só mediante intervenção judicial poderá impedir que ao ilegítimo detentor se pague a importância do capital, ou seu interesse

”. E no art. 1.509, parágrafo único: “Se, citado o detentor desses títulos. não forem apresentados em três anos dessa data, poderá o juiz declará-los caducos, ordenando ao devedor que leve outros, em substituição dos reclamados”.

O prazo, hoje, é outro, conforme se mostrara.

2.ELABORAÇÃO DO ART. 1.509 DO CÓDIGO CIVIL. - Vejamos a elaboração da lei. Estatuiu o Projeto primitivo, art. 1.628: “Aquele que foi desapossado injustamente de títulos ao portador, pode impedir que a prestação seja paga a outrem recorrendo à intervenção do Poder Judiciário”. Em seguida <art. 1.629) “o juiz, considerando dignas de fé as alegações do requer~~~~ mandará intimar o devedor para que se abstenha de pagar a prestação, sob pena de não ficar exonerado, e ao detentor do título para que exiba e justifique a sua posse.

Sendo desconhecido o injusto detentor do titulo, a sua intimação far-se-á por edital". No art. 1.630 persistia no assunto:

"Se decorridos três anos os títulos não forem apresentados. o juiz poderá decretar a sua caducidade e ordenar ao detentor que passe novos títulos em substituição aos reclamados".

 Andou bem a comissão em riscar o excessivo "devedor", e substituir-lhe o termo exato: "subscritor" (art.

1.796). Em vez de "mandará intimar o devedor", pôs-se o mais expressivo dos dizeres para a prova de não querer a lei supor-se que em quaisquer casos há vínculo entre o portador e o subscritor:

"requerer-se-á a intimação do subscritor". Devedor é quem subscreve o título, se há *alter* digno.

O Projeto revisto não se contentou com as regras jurídicas de direito material que no Projeto primitivo se inseriam. Foi além. Quis miúdear os casos, invadir, ainda mais, o direito processual, dividir o prazo de três anos, em duas fases, etc. Não prevaleceu, afinal, o intento dele; mas não é isso razão para deixarmos de‟ noticiá-lo aos que procuram a história do ad. 1.509.

Em 14 de setembro de 1901, no parecer sobre os arts. 1.688 a 1.828 do Projeto, fêz o deputado SÃ PEIXOTO

algumas considerações quanto aos artigos acrescentados pela Comissão extracongressual que merecem alguma atenção. Para o relator do parecer sobre os referidos artigos (tirava-se, em síntese, dos seus argumentos) a) algumas regras jurídicas do Decreto n. 149-B, de 20 de julho de 1898, eram meramente processuais; não impedia isso, todavia, que as consignasse o Código Civil; *b)* o que a nova lei conservava era o estritamente de direito material e por ele se têm de modelar as regras jurídicas de direito formal; *c)* o Decreto n. 149-B

continuava, portanto, em vigor, na parte que se referia ao processo, se não contra-vinha o sistema da lei de direito material. Era a solução que se impunha em virtude do art. 42 da então Introdução ao Código Civil. A primeira emenda suprimia todos os artigos estranhos ao direito material. O deputado relator subscreveu, com o autor do Projetivo primitivo, emenda, em que se pedia a supressão das palavras "da Câmara Sindical, para que não os admitisse a negociação na praça" <*Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados,* VI, 461) e dos arts. 1.797--1.800. A primeira ficou prejudicada, pela supressão do art. 1.797 e a segunda foi aprovada. O art. 1.801 passou

a redigir-se diferentemente, sem nenhuma alusão a intimação da Câmara Sindical; e o art. 1.802, referente a permitir-se a intimação independentemente de despacho do j~z, foi suprimido, por igual emenda.

Ainda em 1902, no Senado, corrigiu-se a redação *(Trabalhos da Comissão Especial do Senado),* Parecer do senador RuI BARBOSA, 481) : "A pessoa injustamente desapossada de título ao portador, só mediante intervenção judicial poderá impedir que ao ilegítimo detentor se pague a importância do capital, ou seu interesse

. Se, citado o detentor desses títulos, não forem apresentados em três anos dessa data, poderá o juiz declara-los caducos, ordenando ao devedor que lavre outros, em substituição dos reclamados". Vê-se que algumas novas palavras foram intercaladas ou substituidas a outras: "ilegítimo detentor", "interesse " em vez de "rendimentos".

Posteriormente foi permear uma virgula após a palavra "pessoa" e paragrafou -se, afinal, a segunda parte do artigo.

O assunto mais se prende ao processo de amortização, de que resulte a entrega de título ao portador. Se „aqui aludimos ao art. 1.509, é para que se perceba a analogia entre os casos de perda ou de furto e os casos de destruição, sem ficarem elementos materiais que sirvam à troca das cártulas. Em todo o caso, a *oposição* pode ocorrer mesmo se há tal identificabilidade e trocabilidade. -

AMORTIZAÇÃO DOS TÍTULOS AO PORTADOR

§ 3.775. Preliminares

1.PRECISÃo DE TRÊS cONCEITOS. A substituição do título ao portador ocorre ou a) porque alguém o furtou ou se perdeu o título ao portador e se tem de *matar* <amortizar> o -que- está em circulação, ou poderia estar em circulação, ou *b)* porque resta em mãos do possuidor o que permite que se considere sem eficácia o que com ele não está *(e. g.,* menos de metade), de modo que se troca uma cártula por outra, ou e) o título ao portador foi totalmente destruído e se precisa da prova disso para que se dê a substituição. Na primeira espécie, há *amortização;* na segunda, *substituição por troca-;* na terceira, *substituição do título ao portador destruído.* As espécies *b)* e *e)* foram

examinadas. Aqui, o que nos incumbe é o ato de *amortização.*

2.TEXTOS LEGAIS. Os textos legais sobre amortização são, principalmente, os do art. 1.009 do Código Civil e o art. 841 do Código de Processo Civil. Lê-se no art. 1.009:

"A pessoa injustamente desapossada de títulos ao portador só mediante intervenção judicial poderá impedir que ao ilegítimo detentor se pague a importância do capital, ou seu interesse~~ No parágrafo único: "Se, citado o detentor desses títulos, não forem apresentados em três anos desta data" *(prazo, hoje, alterado),* "poderá o juiz declará-los caducos, ordenando ao devedor que lavre outros, em substituição dos reclamados" O Código de Processo Civil, art. 336, estatuiu sobre o início do procedimento edital: "A pessoa injustamente desapossada de título ao portador, para obter nôvo e impedir que a outrem sejam pagos o capital e os rendimentos, declarará, na petição inicial, a quantidade, espécie, valor nominal dos títulos e série, se houver, a época e o lugar em que os adquiriu e recebeu os últimos juros ou dividendos". No parágrafo único: "Na conclusão pedirá: a) a notificação do devedor do título, para que não pague o capital e os juros ou dividendos; h) a notificação do presidente da junta de corretores, ou câmara sindical, para que não seja permitida - negociação dos títulos; *e) a* citação do detentor, ou de terceiros interessados". Lê-se no art. 337:

"Justificado o pedido, o juiz, antes de qualquer providência favorável ao autor, ordenará a citação e as notificações requeridas". No § 1.0: "Quando o detentor fôr desconhecido ou incerto, ou se encontrar em lugar não sabido ou inacessivel , citar-se-ão, desde logo, no mesmo edital, os terceiros interessados, marcando-lhes o juiz o prazo de três meses para dizerem do seu direito". E no § 2.0: "Conhecido o detentor, só se fará a citação de terceiros interessados, quando aquele, citado, não contestar o pedido dentro de dez dias". Diz-se no art. 338: "Se o terceiro comparecer como detentor terá dez dias para contestar o pedido". Estatui-se no art. 339: "Recebida a contestação, prosseguirá o feito com o rito ordinário". No § 1.0:

"Admitir-se-á a contestação somente quando acompanhada do título reclamado". E no § 2.0: "Será processada em apenso a contestação que versar sobre parte dos títulos reclamados, e só em relação a êstes será proferida a sentença". Lê-se no art. 840: "Comprado o título em leilão público, ou em bôlsa, o dono, que pretender a restituição, pagará ao possuidor o preço da compra, ressalvado o direito de reavê-lo do vendedor". Estabelece o art. 341: "Se, no prazo de sete meses, não

houver contestação, ou esta fôr improcedente, o juiz poderá, na sentença, declarar caducos os títulos, ordenando ao devedor que passe outros em substituição aos reclamados".

Estatui-se no ad. 842: "Aquele que tiver perdido, ou a quem houverem sido furtados títulos ao portador, poderá reavê-los em ação reivindicatória, da pessoa que os detiver, sem embargo das providências reguladas neste Título". Sobre essas regras jurídicas , *Comentários ao Código de Processo Civil* <V, 276-288).

Logo se nota que se pensou no desapossamento, por perda ou furto, e não nas espécies em que houve destruição e pode ser pedida duplicata ou novo exemplar. O procedimento edital, como a oposição à entrega, é de adotar-se, por analogia. Então, o art. 336 e o parágrafo único do Código de Processo Civil são invocáveis, sendo por edital, sempre, a citação. Os interessados

são, na espécie, todos os que podem objetar contra a. alegação de destruição, ou contra ser proprietário ou possuidor o autor da ação de amortização e recartulação. Quem quer que deseje objetar tem os dez dias do art.

338 do Código de Processo Civil para contestar. O § 1.0 do art. 339 não é invocável, pois a espécie é de título ao portador que o autor diz ter sido destruído *e lhe pertencer,* ou a possuidor mediato, de que lhe advém a posse imediata. Se a negação é do fato da destruição; sim, porque a exibição do título ao portador é a prova necessária.

O ad. 841, esse, é sempre invocável, se favorável ao autor foi a sentença.

§ 3.776. Fundamentação filosófica das soluções

1.DiREITO BRASILEIRO E ORIGENS DAS REGRAS JURÍDICAS.

No direito brasileiro, sempre se teve por princípio a substituibilidade, porque, em verdade, se o elemento corporal e o elemento pessoal são julgados, pela conexão substancial entre eles (incorporação), nada obsta à substituição do titulo destruído . A reemissão não importa cindibilidade, mas, como vimos, mero expediente material, pelo qual se acode aos interesses do portador: a entrega de nôvo exemplar, que se substitua ao primeiro, em vez de constituir alteração da situação

passiva do subscritor, apenas produz a permanência do primitivo estado de coisas. O que se substitui é o elemento corpóreo, devendo-se entender que, no intervalo, não houve cessão da posse própria, mesmo se ocorrera destruição do titulo ao portador.

A desaparição irremediável, esta sim, criaria a impossibilidade do direito de apresentação do título. Em conseqüência , ter-se-ia a liberação do subscritor, enriquecido, injustificadamente, pelo incidente destrutivo do papel. Em princípio, portanto, *o direito não morre com o título.* Seria levar-se às raias de extrema materialidade a concepção jurídica do título ao portador; seria apurar-se-lhe, a tal ponto, o caráter de coisa móvel, que ele se tornaria, absurdamente, mais coisa móvel de que o são ordinária e precisamente todas as coisas móveis; fazer a cópia exceder ao modelo . Ora, conforme vimos, por vezes, no Tomo XXXII e neste, não é o só substrato da coisa, que se possui: o objetivismo absoluto no direito correspende, nas ciências em geral, ao conhecimento da coisa em si; resvala, a cada passo, na pior das metafísicas. Se só fora a coisa o objeto da posse, o dono deixaria de o ser, se, após cossivas remodelações, nada continuasse dos seus elementos primitivos. Se a coisa em si constituísse o possuído, o dono do navio precisaria provar a posse do bote e dos salva-vidas.

O objeto é a *idéia* da coisa *mais* os elementos físicos, e não a coisa; a aparência sensível é apenas elemento secundário para o direito. Cumpre não nos esqueça que o uso corresponde, no mundo econômico~~ao que, no mundo psicológico, é a idéia. Foi por isso que os jurisconsultos romanos disseram que o elemento ou ser, destinado ao uso permanente de uma coisa, faz parte dessa. A idéia é o que se há de considerar. Assim, o título ao portador fica destruído, mas potencialmente refeito, ressuscitável. Juridicamente, morre a coisa, quando, dissociado o seu substrato, não há meio, material ou legal, de o restaurar. Se alguém pudesse recompor, com as cinzas, a coisa queimada, o direito teria de reconhecer a continuação jurídica da coisa, ainda que tivesse permeado período de inexistência morfológica.

Dá-se o mesmo quanto à reconstituição jurídica: se é possível fazer-se, nenhum embaraço há em se ter por sempre existente o que momentAneamente não existiu em matéria. O possuidor pode alegar a sua posse ininterrupta de três anos ou de cinco anos, ainda que, durante algum tempo, queimado o título, não o tivesse tido constantemente em suas mãos. Não é o tacto, mas a posse da coisa em sua natureza jurídica conceptual, que determina a própria custódia, elemento secundário, que, junto ao *tem -pus,* gera usucapião. O que é verdadeiramente, não o é por ser *tocável,* mas por ser *concebível* (PAUL

SOKoLowsxí, *Die Philoso~phiv im Privatrecht,* 1, 42) : a verdadeira existência não se denota pela tangibilidade, mas por seu conceito, por sua idéia.

2.QUESTÕES CAPITAIS. Temos, enfim, que a substituição do título destruído levanta duas questões capitais de filosofia jurídica, que de si mesmas se resolvem:

(a) A preponderância da idéia sobre o substrato; e em conseqUência, a possibilidade jurídica de se restaurar o substrato; porque, para cessar a idéia, seria mister a irremediável dissociação total dos elementos da matéria e do que nela se incorporou. A lei, ou, em sua falta, a regra tirada dos princípios gerais de direito e da natureza do título de crédito, estabelece a substituibilidade da cártula, pois que conserva em seus efeitos, bastante de si mesma à própria posse, a idéia da coisa, cujo substrato ou matéria menos ressuscita, com a entrega do título igual, do que *continua* a que cessou de fato mas potencialmente persistiu.

(b) O título não é principal, de que pudesse o crédito ser acessório; muito menos, na teoria dos três momentos, a pretensão. Destruído o título, estaria extinta a dívida.

No direito brasileiro, tal doutrina não vigora, sequer. quanto a títulos ao portador da divida pública, como se dá, por exemplo, noutros sistemas jurídicos.

O direito brasileiro preferiu a estrada larga. Imoral, na essência, o locupletar-se o Estado com a desgraça individual, repugnou aos antecedentes éticos do direito luso-brasileiro. Conseqüência arbitrária, em teoria, a extinção da divida pela perda do título, sem a razão natural, que excetua o principio, em se tratando de bilhetes de loteria, teatros e poucos mais, importaria falsear-se a realidade, encobrir-se a perfeita concatenação dos fenômenos, não suscetível de coexistir com q idéia de acessoriedade do direito.

8.APÓLICES DA DIVIDA PÚBLICA. Regia a substituição de- títulos da dívida pública federal, extraviados, destruidos ou dilacerados, ou mesmo sujos e embotados, embora a esses se não referissem, expressamente, as regras jurídicas do regulamento então vigente, o Decreto n. 6.711, de „7 de novembro de 1907, que consolidou o Decreto n. 9.370, de 14 de fevereiro de 1885. O Decreto h. 149-E, de 20 de julho de 1893, referiu-se ao Decreto n. 3.084, de 5 de novembro de 1898, onde se deu o processo para se substituirem títulos perdidos

ou furtados, O

Decreto n. 35.918, de 28 de julho de 1954 (Regulamento), art. 70, cogitou do extravio e dá destruição dos títulos da divida pública ao portador: “A substituição dos títulos ao portador, extraviados ou destruídos , processar-se-

á judicialmente, na conformidade da legislação que regula a espécie, ultimando-se na Caixa de Amortização, que expedirá as segundas vias dos títulos originais, mediante recolhimento da taxa que fôr devida, calculada sobre o valor nominal dos mesmos”. O ad. 71 acrescentou: “A substituição dos títulos ao portador, dilacerados ou inutilizados, processar-se-á na Caixa de Amortização, a requerimento dos interessados, que lhes juntarão os títulos a serem substituidos”. E o art. 72: “Quando se tratar da substituição do recibo de entrega de cupões, o processamento será idêntico ao determinado no art. 67, fazendo-se na segunda via do comprovante e na relação respectiva as necessárias anotações”. O art. 67, a que se refere o ad. 72, é aquele que rege a substituição dos títulos da divida pública nominativos, em mero processo administrativo, iniciado pelo requerimento à Caixa de Amortização. Observe-se que a Lei n. 2.977, de 28 de novembro de 1956, art. 50, determinou a substituição de todos os títulos em circulação a partir de 1957.

Assim, pois, quem quer que precise justificar a destruição total de um título tem de atender ao processo empregado em caso de perda ou furto.

Lendo-se o art. 1.509 do Código Civil, parece que se há de pedir a intimação para que não se pague (decisão mandamental liminar) e, depois, a substituição. Não é isso o que se dá. Embora fosse possível a *medida cautelar,* com fundamento nos arts. 675, II, e 676 (que não é taxativo), a ação do ad. 1.509 do Código Civil e arts. 386-341 do Código de Processo Civil, é concebida como pedido de recuperação da posse, e a ação de substituição sem amortização como pedido de outros títulos ao portador, que fiquem no lugar do primeiro. A intimação éna ocasião da citação ou pendente a lide. Interdiz-se o pagamento, até que ocorra a retirada do mandamento. Se a intimação foi à parte do pedido de substituição, cautelarmente, também há de ser feita a *notificação edital.*

Se não há amortização, ou substituição sem amortização; revoga-se, implicitamente, a interdição de pagamento.

4. BILHETES DE LOTERIA. Escapam às regras de direito comum ou

especial para substituição dos títulos ao portador destruídos os bilhetes de loteria, títulos que o Decreto n. 8.597, de 8 de março de 1911, ad. 25, considerou “insubstituíveis

O Decreto-lei n. 6.259, de 10 de fevereiro de 1954, nada estatuiu a respeito, apenas disse que o bilhete de loteria é considerado, para todos os efeitos, título ao portador.

§ 3.777. Natureza do ato de substituição

1.AMORTIZAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO. A amortização mata a cártula, retira à matéria, se ainda existe; a ligação ao negócio jurídico unilateral, ligação que era *expressa* no papel ou noutro instrumento. Se a cártula já não existia isto é, se fora destruída totalmente, sabendo-se disso, ou não se sabendo a amortização seria declaração, e não ato de morte. O que há de comum é que a amortização contém declaração de sobrevivência do crédito. Ou mate ou declare estar morto, afirma que há um crédito; donde ser de atender-se a pretensão do credor à nova cártula.

Todavia, não se concebe a amortização do título sabida-mente destruído, ou destruído totalmente, sem que disso se soubesse, como *declarativa (=s* força sentencial declaratória). A distinção estaria a apontar a *-matéria* como elemento preponderante, e já dissemos que não há relação de principalidade entre cártula e crédito, nos títulos incorporantes. O dono do título ao portador *substituirei,* que assistiu, com testemunhas, à destruição, não perdeu a propriedade, nem, sequer, a posse que ele tinha. A substituibilidade impõe que se conceba a ocorrência da destruição total como sem repercussão na existência do titulo ao portador e, portanto, do crédito. A posse continua, uma vez que o sistema jurídico não considerou *morto* o título ao „portador.

2.TEORIAS EM TÔRNO DO FATO DA SUBSTITUIÇÃO . As teorias são três: a *teoria da novação da dívida cartular , a teoria da substituição ato láctico* e não ato jurídico, e a *teoria da substituição ato jurídico.*

Qual o fenômeno jurídico que se observa na troca do titulo envelhecido, ou rôto, pelo exemplar nôvo?

<a) Alguns juristas pensavam que se trata de novação. mas desbaratou-os .1. E. RUNTZE *(Pie Lehre von dei?.*

Inluiberpapieren, II, 582). A renovação não é nada mais do que translocação da dívida, de um papel para outro, que toma, inteiramente, o lugar daquele. A dívida mesma absolutamente não sq altera, em sua constituição jurídica e em sua individualidade:

mantém-se a mesma; de novação, pois, não há, sequer, palavra: a divida muda apenas de órgão sensível.

(b) Outros juristas, mais acertadamente, com atenderem à circunstância de permanecerem idênticas, inalteráveis, a respeito do título substituinte e do substituído, as relações jurídicas entre terceiros e quanto ao subscritor, seguiram a J. E. KUNTZE, e apontaram na substituição simples expediente *extenor* e *de fato.*

Tratar-se-ia, pois, de ato puramente materia], e não jurídico. Além de J. A. SEUFFERT, pensava assim ARNALDo BRUSCHETTINI *(Trattato dei TitoU ai portatore,* 432). Esse considerava igual ao de dação de título provisório (433, nota). o que apagaria a diferença que evidentemente existe. O título provisório, quase sempre, é título regido pelo art. 1.510, ainda quando não tenha nome do titular do crédito.

(c) Tenha-se sempre em mira a natureza compósita do título ao portador. Não é uno e simples, como, ao primeiro lance, se imagina. Já o vimos. Entre os dois elementos, o real e o pessoal, não há acessoriedadede um, nem de outro: há a compenetração de dois valores , a contingência intímizante de duas realidades.

Recuse-se à reemissão qualquer efeito novativo, que o não tem, nem seria admissível que o tivesse. Porém não se vá ao excesso de reputar o ato de subsistência ato puramente *fáctico.*

A constituição e a essência jurídica da dívida persistem íntegras, sem que nada se exclua, mude, ou deprima, ou aumente, em sua individualidade originária. A renovação apenas compõe a figura esquiva, material, prática, de substituição de órgão, de troca de invólucro, de renascimento de asas, comi sucede a certos insetos; não, porém, renôvo jurídico da dívida. Mera restauração da forma, e não do fundo. O que se substitui ao que existia não atinge a identidade do título, como se não modifica o corpo dos sêres vivos pela substituição das células, que o constituem, e como se não desindividua a casa, a que sucessivamente se reformam paredes e portas, telhas e caibros, aldravas e esteios, portais e cariátides. A identificação do titulo nôvo com o velho tem analogia expressiva na L. 20, § 2, D., *de servitutibus*

proediorum urbanorum, 8, 2: “Si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intellegatur”. Em vernáculo: “Se se destrói o edifício, de onde goteja (xv cai o estilicídio), a utilidade exige que se reponha na espécie e qualidade e se considere o mesmo”. Da idéia romana valeu-se J. E. RUNTZE *(Die Lebre von den Inhaberpapieren,* II, 583) para pôr o fenômeno em harmonia com o direito conium. O direito, num e noutro caso, não se inova, não se amplia, não se modifica, não renasce; é o engaste físico, o suporte material, que se renova, sem nenhuma vibração anômala no sistema harmônico do teatro jurídico. Aliás, fora desnecessário recorrer ao símile das Pandectas, tão claro e intuitivo sói ser o fato observado.

Oque temos de pôr de lado é a classificação da substituição como ato novativo *(teoria da novação da divida.*

Cartular), sem cairmos no excesso de considerar fenômeno só ocorrido no mundo táctico o ato de substituição *(teoria da substituição ato táctico>*.

Trata-se de *ato jurídico* . O subscritor (ou o emissor) faz o nôvo exemplar, como *outra* forma do mesmo negócio jurídico unilateral. Tal ato do subscritor (ou do emissor) então no mundo jurídico. Nem se compreenderia que tivesse eficácia jurídica sem entrar no mundo jurídico. ~ preciso que o ato se faça jurídico para ter efeitos jurídicos. Existir, juridicamente, é pressuposto da irradiação de eficácia. Daí ser a *teoria da substituição ato juridico* a teoria verdadeira.

Poder-se-ia discutir se o ato entra no mundo jurídico como ato jurídico *stricto sensu,* ou como ato-fato jurídico.

Se se admitisse que se tratasse de ato-fato jurídico, ter-se-ia de submeter o ato de feitura do título substituto às regras jurídicas que se invocam a respeito da tradição da posse, da tomada de posse, da ocupação, da criação literária e artística, da achada e do pagamento. Uma das conseqüências seria a de não se poder pensar em nulidade do ato de substituição, mesmo por incapacidade. Bastaria isso para evidenciar que não se está diante de ato-fato jurídico, mas sim de ato jurídico *stricto sensu.* A dação de forma, mesmo em se referindo a informação de negócio jurídico, é ato jurídico .*stricto sensu,* quer se trate de fazer *documento,* quer se trate de fazer *titulo.*

3.CONHECIMENTOS DE DEPÓSITOS E “WARRANTS”. A respeito dos *conhecimentos de depósito* e dos w *arrants”* tem o portador pretensão a novos títulos (Lei n. 1.102, de 21 de novembro de 1903, ad. 20,

parágrafo único: “Outrossim, é permitido ao portador dos dois títulos pedir novos títulos à sua ordem ou de terceiro que indicar, em substituição dos primitivos, que serão restituídos ao armazém geral e anulados”). A expressão

“anulados” é errônea e está em vez de “inutilizados” ou “destruídos ” ou “cancelado?“.

A regra jurídica da Lei n. 1.102, art. 20, parágrafo único, é de substituibilidade a líbito do portador, O

conhecimento de depósito e o *warrunt* são títulos endossáveis , e não títulos concebidos ao portador. Apenas a Lei n. 1.102 permite o endosso em branco. Se o título foi destruído, ou perdido, ou furtado não tendo endosso em branco, a solução é invocarem-se as regras jurídicas concernentes aos títulos endossáveis. Se o título destruído, perdido ou furtado estava endossado em branco, qualquer substituição depende de amortização, segunda as regras jurídicas tocantes aos títulos ao portador.

§ 3.778. Despesas em caso de substituição sem ação judicial

1.SUBSTITUIÇÃO POR DESTRUIÇÃO PARCIAL, TROCANDO-SE AS CÁRTULAS. A substituição por destruição parcial, mediante a entrega do titulo ao portador, que se vai substituir, faz-se sem pedido judicial, salvo se o subscritor (ou emissor) não acorda em prestar outra cártula. As custas e despesas, se houve pedido judicial, são atribuídas ao vencido.

2.A QUEM INCUMBEM AS DESPESAS, SE NÃO HOUVE PEDIDO JUDICIAL. As despesas são pagas pelo requerente <Código Civil alemão, § 798; CESARE VIVANTE, *Trattato di Diritto commerciale,* III, 647), salvo se o subscritor se obrigou à trocai ou substituição, por cláusula expressa no título ou ao portador, ou no programa, sem alusão a despesas. Além da cláusula expressa no título, basta que a lei especial ou o programa (plano de emissão, ou estatutos, no que respeita a ações ao portador) *fixe* os pressupostos, com os quais, por conta do estabelecimento emissor, sociedade, ou simples particular, tem o portador direito a nôvo exemplar, gratuitamente; ou em termos claros, declare que a ele, e não ao reclamante, incumbem as despesas.

Nas espécies acima, o portador tem conhecimento, pelo programa, ou pelo próprio titulo, do direito, que lhe assiste, de haver outro

exemplar, sem que por sua conta corram as despesas.

A declaração no título da substituibilidade, essa, é endossada; pois que se em regra o subscritor se vincula conforme o teor do título o programa, o plano da emissão e a lei especial, que programa é, se supõem , *inus,* implícitos do título. Tanto ;que há títulos sem nenhuma declaração. Tudo se preestabeleceu no programa, ou deriva do uso mercantil ou da natureza (lo negócio jurídico , o que supõe o plano, porque constitui *forma natural* dele. Assim, os bilhetes de teatro e as entradas de casas de diversões, em geral, se redigem concisamente: a prestação e a data; e, nas fichas, nem se gravam, sequer, as prestações, nem as datas. Tais títulos são, em princípio, insubstituíveis. Dificilmente se poderia conceber a substituição dos títulos sem dizeres (=

inidentificáveis), salvo em caso de troca do título deteriorado, mas restante além da metade.

w

CAPITULO X

CONVERSÃO DOS TITULOS AO PORTADOR EM TÍTULOS NOMINATIVOS E VICE-VERSA

§ 3.779. Promessa e forma

1.TITULARIDADE ATRIBUIDA AO PORTADOR E NOMINATIVIDAPE. Se o titulo é ao portador, tem o possuidor o direito de apresentação, que não é só para pagamento: pode ser para substituição do título, recebimento de juros ou dividendos, ou para outra finalidade. Da apresentação também se precisa para que se dê a *conversão.* Até o momento da entrega do novo título, o titular da dívida é o possuidor. Depois, o título ao portador, que circulava, deixou de circular, está em poder do subscritor (ou emissor), e o título, que o substituiu, tem inserto o nome de quem era possuidor e agora é credor, nominativamente. O que em verdade ocorre é que se *eliminou* a aquisição da titularidade pela posse de boa fé. Titular é a *pessoa~ nomeada* no título. Título-valor *(Wertpapier), é* preciso que a *pessoa nomeada* o apresente, ou, em se tratando de título endossável, que o

apresente o endossatário.

Pergunta-se:~ que é que em verdade se passa nessa modificação da relação juríica de dívida?

Nem sempre foi feliz a doutrina em construir o fato jurídico da conversão. O que está fora de dúvida e não deve perturbar a explicação é que se trata de mudança de cláusula:

portanto, de algo diferente, de *plus,* em relação, por exemplo, com a substituição de cártula ao portador, ou de cártuta endossável, ou de cártula simplesmente nominativa. Põe-se uma cláusula negocial no lugar de outra. Há alteração da relação jurídica de dívida sem que haja perda da identidade do negócio jurídico.

O que primeiramente se há de assentar é que, a despeito do exercício da *pretensão à conversão,* por parte do possuidor do titulo ao portador, que deseja a cláusula de nominação, co~ ou sem endosso, em vez da cláusula ao portador, a inserção da cláusula substituta é ato jurídico unilateral, nada tem de contrato de alteração da dívida

<Schuldabànderungsvertrag) Ci". Tomo XXITI, § 8.787, 4). Nem o ato do credor, possuidor de boa fé em relação ao subscritor, é elemento de ato jurídico bilateral, mas simples exercício de pretensão, nem o é o ato do devedor, com a mudança da cláusula.

Trata-se de manifestação unilateral de vontade, com que se altera o negócio jurídico unilateral do título ao portador.

A conversão frequentemente é pedida pelo credor, possuidor de boa fé em relação ao devedor. Se não é possuídor de boa fé em relação ao devedor, tem esse as objeções, coma tem as exceções cabíveis contra o próprio possuidor de boa fé em relação ao subscritor.

Há, porém, a conversão determinada pelo próprio devedor, se o título ao portador, ou endossável, ou simplesmente nominativo permitiu tal direito formativo modificativo, ou se isso resulta do plano ou programa de criação do título-valor, ou de regra jurídica legal ou extraída do uso civil ou comercial.

Se a conversão é exigida pelo credor, há exercício de pretensão contra o devedor, que é quem muda a cláusula.

Se a conversão é determinada por lei, ou outra regra jurídica, ou deriva de direito formativo do devedor, esse procede a ela, tendo apenas de tomar as providências para que os interessados apresentem

os títulos sujeitos à conversão, com a usual cominação de amortização dos títulos não apresentados.

2.MODIFICAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE DÍVIDA. É de modificação da relação jurídica de divida que se trata, e não da relação jurídica de obrigação. A dívida era ao possuidor e o possuidor passa a ser credor nomeado, o que retira à posse a sua função de gerar a relação jurídica de dívida.

Não há *novação.* A dívida não é outra, O que há é outra lei de circulação, O que muda é o modo de transmissão.

Antes. o possuidor, titular do crédito, poderia traduzir o título a outrem, e a tradição teria como conseqüência deixar de ser credor o tradente e passar a ser credor a pessoa a quem se transferiu a posse. Agora, tem de haver o negócio jurídico de nova *nominação do* título, com as formalidades, a mais, exigidas pela espécie de título nominativo, ou pelo *endosso.*

3.CONSENTIMENTO DO SUBSCRITOR. O possuidor de título ao portador não pode convertê-lo em nominativo, sem a manifestação de vontade do subscritor; idem, se quer mudar o caráter nominal do título em título circulante por tradição. Não se altera, por arbítrio, a lei que regula o bem corpóreo; *o. fortiori,* a que regra dívidas e obrigações. Título ao portador, que se trocasse em nominativo, não seria obrigatório, porque, na relação entre subscritor e *alter* digno, se prometeu ao portador, e a inserção de nome importaria substituir-se alguém ao possuidor e frustrar-se ao sUbscritor a sua faculdade de pagar a qualquer apresentante, mercê da eficácia liberatória da cláusula. A necessidade de cooperação do subscritor provém das conseqüências mesmas que teria a transformação unilateral por parte do portador, dentre as quais algumas favoráveis ao subscritor, outras, desfavoráveis e até lesivas. Em meio daquelas ressalta a de poder opor, após a conversão, *exeeptiones ex persona cedentis,* o que antes não lhe fora possível. No círculo das desvantagens, há o exame da legitimação: o subscritor terá de apurar a identidade entre o apresentante e a pessoa nomeada e, no caso de cessão, a identidade da pessoa e a autenticidade do documento da cessão, se quer evitar o risco de pagar duas vezes. Certo, em princípio, tem o subscritor a faculdade de consentir, ou não, na conversão do título em nominativo, sem que lha possa impor o terceiro possuidor ou quem o houve diretamente. As exceções *à* regra vêm expressas ou implícitas em lei. Se a natureza do título se opõe ou, ainda, se nenhuma lei lho permitiu,

a inscrição de um nome no título ao portador é inoperante: exonera-se o promitente, se paga a quem lho apresente. Ainda mais: se o título passa à mão de terceiro de boa fé, continua a incidência do princípio, porque o subscritor é adstrito ao *teor do titulo, a* explicitude do escrito, mas há de entender-se o escrito feito por ele, ou em circunstâncias de o fazer responsável: o fato prejudica; embora se dê a *outrem* significado especial, atenta a situação do agente, ou quanto ao promitente.

Na. Alemanha, existia processo especial para se sustar a circulação dos títulos ao portador: a *Ausser/curssetzung* que se ultimava com a aposição do nome, ou a simples declaração impessoal de pôr-se fora da negociabilidade o título.

Tem-se aí fenômeno que não é, perfeitamente, o da conversão nem o da vinculação do título. A fraude, os embaraços e as controvérsias campeavam em tôrno e sob o esquisito fenômeno jurídico , que permitia a reivindicação,

Tudo isso é estranho ao direito brasileiro, que vê nos títulos ao portador declaração unilateral de vontade do subscritor, só alterável por outra declaração unilateral de vontade do subscritor. Ou provenha da lei, ou do plano ou programa, ou do próprio teor do título ao portador, o direito formativo modificativo do devedor, ou o direito do credor à conversão, com a pretensão respectiva, o ato de conversão é unilateral e somente praticável pelo devedor. Todavia, mostraremos as conseqüências jurídicas de se recusar o subscritor a praticá-lo.

4. SUGESTÕES E ÓBICES Á CONVERSÃO As leis indicam, às vezes , a conversão. A pessoa que tem de usufruir e não pode prestar caução, recorre à nominação do proprietário, e transcreve-se a cláusula: a lei brasileira não cogitou do expediente referido, mas impõem~se-nos os exemplos dos sistemas de direito civil estrangeiros.

Os menores e demais incapazes não devem ter títulos ao portador; porque o direito brasileiro, ao tempo do cofre de órfãos , mandava depositá-los nele (Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 88, § 84; CARLOS DE

CARVALHO, *Nova Consolidação das Leis Civis,* art. 1.661), e agora, de acordo como Código Civil, art. 482,

§ i.~, é melhor serem convertidos, ou vendidos e o produto recolhido às Caixas Econômicas ou aplicado na aquisição de imóveis, conforme determine o juiz (Código Civil, art. 432 e §§ l.~ e 2.0).

Nasce o título com a sua lei; o rito da circulação depende, portanto, da vontade do legislador, diretamente (como se dá com as debêntures), ou da vontade do subscritor ou emissor.

Se a lei predetermina ao título sistema único de circulação, conforme as regras de lei especial, os próprios subscritores não podem modificá-la: se lho coarctam, desnaturamno. A nota promissória tem de ser nominativa ou à ordem; nunca, porém, ao portador (Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 54, III); as ações, nominativas, enquanto não integradas. Mas ocorre por~ vezes que é a lei mesma, o próprio direito objetivo, que permite a mutação, de modo que se opera, no circular, a intermitência das formas. A letra de câmbio fornece-nos o corpo de exame: a endossabilidade em branco traz, como efeito, a variação de giro; o que antes era nominal, corre agora ao portador, mão por mão. Enquanto se lhe conserva o endosso em branco, tem-se o título ao portador; desde que se preenche o endosso, ou se lance outro, em prato , readquire o título a sua feição nominativa à ordem. .0 fenômeno pode ser observado na própria nota promissória, nos cheques e em tudo mais em que se torne possível o endosso em branco. Certo, aí, o ato unilateral atinge apenas à transmissão, cuja intermitência provém da própria lei.

Aí, o que se passa não é *conversão.* Conversão somente há se é o devedor que muda a cláusula. O seu ato jurídico unilateral insere, no lugar da cláusula que havia, outra cláusula, que substitui uma lei de circulação à outra lei de circulação que regia o título. Pode-se, contudo, imaginar que o subscritor haja feito em branco o título-valor, permitindo que o portador insira a cláusula ao portador, ou a cláusula à ordem, ou o nome de alguém, o que tornaria simplesmente nominativo o título. Então, houve autorização do subscritor, pleno poder, para que inserisse a cláusula quem tenha em mãos o titulo <poderia não ser possuidor), sem que se possa cogitar de conversão, O subscritor deixou ao tenedor ou possuidor completar o título, o que não altera a natureza do título-valor. O *alter* digno que deixar de encher o título, foi credor por título ao portador, à semelhança do que ocorre com o possuidor de boa fé perante o subscritor em se tratando de endosso em branco. Na série dos possuidores e tenedores, o título, enquanto não está cheio, há de ser considerado como título ao portador. Desde o momento em que se lança a cláusula ao portador, está definitivada a sorte circulatória do título-valor. Desde que se lança a cláusula à ordem, a lei da circulação e a dos títulos endossáveis. Desde que se lança o nome de alguém, sem a cláusula à ordem, a nominatividade impera.

§ 3.780. Conversão de títulos nominativos em títulos ao portador

1.PRESSUPOSTOS DA CONVERSIBILIDADE. Para que „e possam converter em títulos ao portador os títulos nominativos, a primeira exigência consiste em permitir a lei que se possam lançar tais títulos ao portador, O art. 1.511 e parágrafo único do Código Civil vêm antes de quaisquer outras regras jurídicas. Não se trata, aí, da permissão de conversão (da conversibilidade) mas sim do ato mesmo de subscrição, Depois, há de o subscritor (ou emissor), no titulo, no programa, no plano, ou a lei ter permitido a conversão. Se, por exemplo, a empresa não cogitou do lançamento de títulos ao portador, não poderia o titular do crédito constante de titulo nominativo exigir a conversão dele em título ao portador.

A pretensão à conversão, para que a tenha o credor, há de ser irradiação do direito que o próprio título ao portador, ou o plano, ou o programa, ou a lei conferiu ao possuidor.

Se a conversão é exercício de direito formativo nomidifícativo, que se atribuiu no título, ou no plano, ou no programa, ou na lei, ao próprio subscritor, tem esse de estabelecer, com a ciência dos portadores de títulos nominativos, o tempo, o lugar e outros elementos para que se dê a conversão. Conforme já dissemos, há *plu,s,* em relação à substituição de títulos perdidos, furtados ou destruidos.

Se os títulos são nominativos endossáveis, a conversão deles em títulos ao portador pode exigir o *procedimento edital,* por se ignorar quem sejam, no momento, os endossatários, ou alguns, ou algum endossatário.

2.NATUREZA DA MODIFICAÇÃO DA RELAÇÃO JURIDICA DE DIVIDA. A conversão do titulo nominativo em titulo ao portador também não é novação. A dívida é a mesma. O que muda é a lei de circulação.

Por vezes , os juristas não atendem a que há muito de comum entre os títulos-valor ao portador, nominativos, não-endossáveis e endossáveis e tentam bilateralidade criação dos títulos nominativos, desatendendo, frise-se, à diferença entre *documento de dívida* e *titulo de divida,* entre o papel que documenta crédito e o papel que serve ao título de crédito.

A conversão do titulo nominativo em título ao *portador* é declaração unilateral de vontade, como o é a conversão de titulo ao portador em título nominativo. Muda-se a cláusula sem se atingir a identidade do

titulo e da divida.

3.PERMISSÃO DA CONVERSÃO. Em princípio, se o subscritor <ou emissor) prometeu o mesmo em títulos diferentes, ao portador e nominativos, o que se há de entender é que permitiu a conversão de títulos ao portador em títulos nominativos e a de títulos nominativos em títulos ao portador. A conversibilidade também pode estar prevista em lei, como d.~ lei pode resultar a inconversibilidade.

A conversibilidade permitida pelo subscritor pode ser objeto de cláusula inserta no próprio título ao portador, como em programa, ou em plano, ou em estatutos.

A inserção do nome de alguém no título, que fora ao portador, torna-o nominativo. Isso não quer dizer que o credor possa exigir o que se lhe deve sem precisar apresentar o título. Com essa mudança, o subscritor como que junta ao que era o negócio jurídico do titulo nominativo declaração de vontade que permite a desaparição da relação jurídica de dívida com a pessoa que deixa de ser possuidor e a aparição da relação jurídica de dívida com a pessoa que adquire a posse.

4. RECUSA DE CONVERTER. Quem converte é o subscritor, porque o título nominativo inendossâvel , ou o título nominativo endossável, como o título ao portador, não se confunde com o documento de dívida, em que há dois declarantes de vontade.

<O título nominativo, que foi subscrito e guardado pelo subscritor, já é negócio jurídico unilateral, portanto antes de qualquer manifestação de vontade da pessoa nominada. Se alguém o furta, ou se o subscritor o perde, e o leva à pessoa nominada para que essa lhe entregue algo, ou o desconte, dizendo-se servidor da posse, ou representante do subscritor, ou até órgão da sociedade, a pessoa nominada, possuidor de boa fé perante o subscritor, faz-se *credor.)*

Se o possuidor do titulo nominativo exige a conversão, a que tem direito, e o subscritor não o atende, nasce ao titular da pretensão a *ação executiva de declaração de vontade,* a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil. Quem promete converter, ou quem é subscritor e a lei estabeleceu a favor do possuidor a pretensão à conversão, prometeu declaração unilateral de vontade e está adstrito ao adimplemento.

.5.TÍTULOS AO PORTADOR ENDOSSÁVEIS E CONVERSÃO. Os títulos ao portador endossáveis podem ser convertidos em títulos nominativos não-endossáveis, ou em títulos ao portador, desde que, na espécie, seja permitida a nova cláusula. Também aqui se trata de ato unilateral do subscritor. Conversão há, igualmente, se se retira a permissão da cláusula que admite o endosso em branco: aí, o título endossável em branco passa a ser titulo não-endossável em branco. .

O que se disse sobre a conversão dos títulos nominativos em títulos ao portador e sobre a conversão dos títulos ao portador em títulos nominativos é invocável a respeito dos títulos endossáveis.

CAPITULO XI

NEGÓCIOS JURÍDICOS E TÍTULOS AO PORTADOR

§ 3.781. Negócios jurídicos relativos à propriedade

1.COMPRA-E-VENDA E ACORDO DE TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE. Como os demais bens móveis suscetíveis de propriedade, os títulos ao portador podem ser vendidos e comprados. Com o negócio jurídico da compra-e-venda não ~e confunde o acordo de transmissão com que o vendedor adimple o que prometeu.

O objeto do negócio jurídico é o.bem móvel corpóreo em que está incorporado, inserto, o direito de crédito. Mas esse direito de crédito não se *trans fere* com a compra-e-venda; o que se transfere são a propriedade e a posse, ou só a posse, e com a posse se irradia o crédito. A relação jurídica é entre o subscritor e cada um dos possuidores, razão por que ela nasce ao possuidor que tenha adquirido a posse sem ter havido acordo de transmissão.

2. OUTROS NEGÓCIOS JURÍDICOS. Os títulos ao portador podem ser doados, ou legados, ou ser partes integrantes de patrimônio hereditário.

De todos os negócios jurídicos de que podem ser objeto coisas móveis podem ser objeto títulos ao portador, porque são coisas móveis (bens móveis corpóreos).

Os títulos ao portador podem ser dados em comodato ou em mútuo. A entrega, gratuitamente, de ações ao portador a acionista, ou a pessoa estranha, para que figure como acionista, é comodato.

O mútuo de títulos ao portador pode ser em referência ao número e à série deles , ou sem referência. Todavia, a referência não retira a fungibilidade que ficou reconhecida com o negócio jurídico do mútuo.

3. DOAÇÕES MANUAIS. As doações manuais ou doações presentes trazem ao sistema jurídico e à prática do instituto dos títulos ao portador questões, sobre interessantes, graves. Aliás, no direito, são os fatos simples em aparência e, na vida. corriqueiros, os que maiores controvérsias suscitam.

Exemplos vivíssimos são os anúncios de jornal, que todos os dias se usam, os cupões de apólices, os presentes, os concursos e sorteios de reclamo, principalmente os vales de prêmio alternativo ou de prêmio variável pelo número apresentado deles. São questões sutis, que ferem, de onde em onde, os mais profundos problemas do direito das obrigações.

Em matéria de títulos ao portador, as doações pequeninas, ou, mesmo, as doações manuais de qualquer valor põem em embaraços o observador pouco atento ao muito de transcendente que há, cientificamente, nas coisas mais vulgares e quotidianas.

Sirva-nos de exemplo a doação manual, alegada, porém não provada, pelo possuidor. Morre A, que possuía alguns títulos ao portador. Após a morte, esses títulos são encontrados em poder de terceiro que morava com o recém-falecido.

O possuidor, agora, é o terceiro, que se prevalece da sua posse e afirma que os títulos lhe foram dados.

4. DISCUSSÃO DO PROBLEMA. Que podem fazer os herdeiros? Como se há de apurar a verdade dos fatos?

~Qual a *situação jurídica* do possuidor na lide que contra ele se intente.

Aí está um dos pontos em que soçobra o prestígio da regra jurídica francesa *Eu fait de meubles, óossession vaut titre.* Não se poderia aplicar,

realmente, o art. 2.279 do Código Civil francês, porque é o próprio possuidor qual que confessa a relação de adquirente a transmitente entre ele e o defunto, de modo que não há a *questão de boa fé,* mas a *questão de titulo.* Faz-se preciso provar o título e a validade dele e um título que não seja apenas a posse de boa fé (RAYMOND SALEILLES, *De la Possession des mez4bles,* 83). A posse presume-se de boa fé, e a prova da falta do título incumbe ao herdeiro, porque se há de presumir o título ao possuidor.

A jurisprudência francesa, para manter a idéia da presunção do título, mesmo em tais casos, recorreu ao conceito de *posse* .

O art. 2.279 do Código Civil francês exige posse a titulo de proprietário, porque somente essa é posse no direito francês, e toda posse se presume *animo domini,* em virtude do art. 2.230.

(Escusado é encarecer-se a necessidade de se evitar a influência de leituras de livros franceses e, em geral, europeus, fora da literatura alemã e suíça, no tocante à teoria da posse. O direito brasileiro foi além do próprio direito alemão, porque abstraiu do *corpus,* e não só do *uni mus.* Por outro lado. os juristas neolatinos não chegaram à precisão dos conceitos de posse imediata e de posse mediata, de posse própria e de posse imprópria, que o direito brasileiro alcançou.)

Se alguém o contesta, que prove a simples tença ou alguma posse impropria . Mas, para que se aplique tal presunção da natureza da posse , é mister que ps circunstâncias e a posição aparente e atual do possuidor não deixem nenhuma dúvida sobre o caráter de sua situação possessória, e não se pode pretender que estejam em situação tal o que vive com outrem, o que tem em seu poder objetos entregues por confiança ou em conseqüência de sua profissão doméstica. Cede, pois, ao elemento circunstancial a presunção do art. 2.230 do Código Civil francês, e como, para a aplicação da regra *En fait dc meubles, possessiou ruut titre,* não basta a posse de boa fé (mas o ser *aninw domini),* falta um dos requisitos à presunção de título. A questão volve, portanto, ao direito comum: o que invoca título de aquisição tem de prová-lo. Na espécie, que apontamos, tem o possuidor de fazer a *prova* de seu título.

Mas RAYMOND SALEILLES reputava falho, às vezes , o expediente, de que se trata, mero processo empírico, como é. Lembrou alguns casos, em que não se caracteriza com tanta exatidão o fato de viver sob o mesmo tecto, em comum, ou de praticar atos possessórios, na dependência de outrem. Suponha-se, primeiro, que o terceiro não tenha sido empregado do falecido, e declare que recebeu os títulos, de

presente, no dia de seu aniversário, ou, como lembrança, dias antes da morte. Não é possível alegar-se caráter *equívoco* de sua relação possessória, de sua situação de posse para com os títulos. Por que? Aí, bem que o ponto seja de direito francês, divergimos de RAYMOND SALEILLES, cujas expressões não foram felizes. Para ele (85), a relação possessória é de terceiro que „se pose en propriétaire, non pas seulement par le fait d‟une simpIe affirmation verbale, mais par la séparation matérielle très nette qui a fait sortir la chose du domaine de garde et de surveilíance de lancien possesseur, pour la mettre sous la *custodia* d‟un autre". Não é precisamente isso o que se dá; a simples declaração do possuidor não dá à relação possessória o. caráter, nem mesmo presumido, de posse a título de proprietário, nem tão-pouco a separação material afasta a precariedade.

5. CONCLUSÃO. Os resultados a que chegamos, com os nossos argumentos, são os mesmos; mas cumpre não se seguir o caminho lógico do jurista francês. Se o terceiro diz que o recebeu em casa do defunto, quando lhe ministrava remédios, por exemplo, a separação material desaparece, e nem por isso se há de presumir a má fé, o furto, o roubo. Não basta, pois. o critério que RAYMOND SALEILLES quis estabelecer. No direito francês, a questão toma duas feições diversas que o jurista não distinguíu: não se dá a presunção de propriedade, e ao que alega o título incumbe prová-lo, se antes o titulo estava ou podia fàcilmente ficar em mãos do possuidor atual, só se há de presumir que ele continue a posse que tinha, pela regra mesma do Código Civil francês, art. 2.231:

"Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, sil n‟y a preuve du contraire‟. RAYMoND SALEILLES fêz predominar a idéia de *separação material;* parece-nos, porém, que mais se há de ter em conta o *elemento circun.stancial:* a coabitação supõe, às vezes, possibilidade, se não efetividade, de tença ou da posse imprópria imediata, mas não sempre; e muitas vezes há posse imediata ou tença, efetiva ou possível, sem a vida sob o mesmo tecto. Presumir imprópria a posse ou simples tença de título ao portador pelo criado de quarto, e não presumir precária a de um amigo que, *mais do que um criado,* penetrava no escritório do defunto, não se nos afigura suscetível de se resolver pelo critério da separação material, e sim pelo exame preliminar das circunstâncias. RAYMOND SALEILLES

vacilou em distanciar-se da jurisprudência francesa e enveredou pela distinção do direito ale.mão entre posse dependente e posse separada; mas, escrupuloso, ficou aquém dos próprios textos franceses e da idéia

legal e jurisprudencial da posse *equivoca.* Equívoco e precário não são a mesma coisa, em direito francês: há decisões que não consideram equivoca a posse em objetos, pelos domésticos, senão quando se acham em móvel, ou quando sujeito a seu uso pessoal. Mas tudo isso é fugidio, vacilante, desconexo; o êrro não é dos escritores, mas do direito francês: a regra costumeira de BOURJON e a inadmissão das categorias de posse, eomo as apresenta o direito alemão, tudo enublam, tudo confundem, como se das teorias francesas resultasse o empastamento da imagem dos fenômenos jurídicos.

6.FIDÚCIA, COMODATO, MÚTUO E PENHOR. Os títulos ao portador .podem ser objeto de negócios jurídicos fiduciários, de comodato, de penhor e de outros negócios jurídicos. O mútuo de títulos ao podador fungibiliza-os, ou mantém-lhes a fungibilidade. O penhor de títulos ao portador rege-se pelas mesmas regras jurídicas dos outros penhOres de coisas.

§ 3.782. Títulos ao portador e corretores

1.REGIME nos CORRETORES. Estão os corretores da maioria dos Estados-membros sob o velho regime do Código Comercial, do Decreto n. 806, de 26 de julho de 1851, da Lei n. 2.662, de 9 de outubro de 1875, e outras posteriores. Intermediários, não respondem à parte, com quem trataram, quanto à solvabilidade dos contraentes, mas são garantes, nas referidas negociações, da entrega material do titulo ao tomador e do preço ao cedente (Código Comercial, art. 55, pr.), o que, no casa de inadimplemento, se resolve em perdas e danos.

2.NEGOCIAÇÕES DE TÍTULOS AO PORTADOR. Ponto que merece atenção é o da responsabilidade dos corretores „nas operações que tiverem por objeto títulos ao portador. Estatui o Código Comercial, ad. 55: “Ainda

-que em geral os corretores não respondam, nem possam constituir-se responsáveis pela solvabilidade dos contraentes, serão, contudo, garantes, nas referidas negociações, da entrega material do título ao tomador e do valor ao cedente, e responsáveis pela veracidade da última firma; de todos e quaisquer papéis de crédito por via deles negociados, e pela identidade das pessoas que intervierem nos contratos celebrados por sua intervenção”.

Homem de prol em assuntos de direito comercial, deve-se às opiniões de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, sempre que se dele diverge, a

necessária crítica. A respeito do ad. 55 adotou opinião que não podemos aceitar.

Incluidos no art. 55 estão os títulos ao portador? Todos e quaisquer papéis de crédito, diz a lei: "Nas referidas obrigações", lê-se no art. 55, isto é, nas obrigações referidas no ad. 54 do Código Comercial; mas depois se frisa

"todos t quaisquer papéis de crédito" e fora forçar a exegese somente se entender por isso os títulos *à* ordem. Em se tratando de títulos à ordem, garante o corretor: a) se o título só possui uma firma, essa firma, pois que assim dispõe a regra da L. 92. D., *de verborum significatione,* 50, 16 (Proximus, est quem nemo antecedit: „supremus"

est, quem nemo sequitur > ; *b)* se, duas, três ou mais as firmas, a mais recente; e) se há mais de uma e está juridicamente inutilizada a última, a penúltima;

d) se são duas ou mais as firmas apostas ao mesmo tempo, todas.

Quanto aos títulos ao portador, afirmou o jurista que há pouco citamos: "A disposição dêste artigo, com as palavras *todos e quaisquer* papéis *de crédito,* parece abranger aqueles títulos. É absurda, porém, esta conclusão porque a lei, referindo-se *à* última firma, parece ter tido em vista os títulos à ordem, endossáveis".

E tenta dar razões ao seu parecer:

"Seria exceder os limites da responsabilidade por culpa responsabilizar o corretor pelo fato de outrem, isto é, pela bondade e validade do título ao portador, que, por seu intermédio, fosse negociado. Seria obrigá-lo por fato que não podia prevenir e nem sempre verificar. Como reconhecer a veracidade de uma firma nos títulos emitidos muitas vezes em Estados diversos?" Pura *faflacio.. accidentis;* concluiu do caso especial..

Tanto no que respeita a títulos ao portador como no que concerne a títulos à ordem, a regra é que somente responde o corretor quando *última* a firma, e última quer dizer, não a derradeiramente lançada, mas a firmada na última negociação ou para a última negociação, *e.* g., nas vendas públicas de debêntures (Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, art. 22, § 6.0), em que os cartazes, prospectos, anúncios e circulares, bem como as notas de compra conterão declarações que bem mostram a responsabilidade do corretor: 12, à nome, o objeto e a sede da sociedade; 2.0, a data da publicação, na

fôlha oficial, dos estatutos, bem como das alterações; 32, a data da publicação oficial da ata da assembléia geral que resolveu a emissão e lhe fixou as condições, especificados os jornais em que se fêz esta publicação; 40, o importe dos empréstimos anteriormente emitidos pela sociedade; 52, o número e o valor nominal das obrigações, cuja emissão ~e pretende, com o juro correspondente a cada uma, assim como a época e as condições de amortização ou do resgate e do pagamento dos juros Não somente no citado exemplo, como em muitos outros, responsável é o corretor, porque a firma é última, desde que nenhuma se lhe segue, e tinha razões a parte para confiar na veracidade, dada a fé merecida pelo corretor.

Nos casos de endosso em branco, a responsabilidade também existe. O corretor garante a veracidade da firma do endossante.

Diz o Decreto n. 2.475, de 13 de março de 1897, art. 39, a respeito dos corretores de fundos públicos da Capital Federal: “Os corretores são responsáveis pela autenticidade da assinatura do último signatário das letras e dos títulos endossáveis que negociarem”. Cabem aqui as mesmas alegações anteriormente feitas; pois que as leis hão de subordinar-se ao entendimento. científico, que as livre de serem omissas (art. 72 da revogada Introdução ao Código Civil; Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 4.0), e não devem ser interpretadas segundo a aparência restrita, que não poderia coaduná-las com a finalidade das regras jurídicas.

3.RESPONSABILIDADE DOS CORRETORES. De acordo com a Lei n. 354, de 16 de dezembro de 1895, art.

42 e o Decreto n. 2.475, de 18 de março de 1897, art. 35, têm os corretores inteira responsabilidade pela execução, até final liquidação. das operações em que interferirem. Nos Estados-membros, em que se não adotou o sistema do Decreto n. 2.475, os corretores de fundos apenas aproximam as partes, sem que se dê ingerência deles nos contratos que aquelas efetuam. Mediação pura, e não inserção de terceiro (corretor) na figura jurídica da compra-e-venda.

Diferente é o teor da missão dos corretores de fundos na Capital Federal e nos Estados-membros em que acolhida teve a inovação: os corretores são responsáveis.

Segurança bilateral: de um lado, responde ao comitente, pela execução da ordem aceita; e de outro, à outra parte, pelo que contratou. Se contrata com outro corretor, somente no caso de convenção em

contrário se exime de por ele responder ao comitente (Decreto n. 2.475, art. 41). De modo que há inteira garantia às partes, ainda que se dê a inserção de duas pessoas, uma estranha ao comprador e outra ao vendedor: os dois corretores. A despeito desse papel mais acentuadamente jurídico e menos instrumentário dos corretores, continuam de ser intermediários interessados no cumprimento (execução exterior) da ordem e das instruções do comitente, e nunca no negócio (execução interior), ou operação em que intervêm.

Nas negociações à vista, pela entrega dos títulos vendidos e pelo pagamento dos que houver comprado, há responsabilidade do corretor ao outro, com quem operou, e ao comitente (Decreto n. 2.475, art. 36). Nas operações a prazo, pela liquidação delas é inteira e completa a responsabilidade do corretor, sempre que, no ato da transação, não fôr revelado, de modo regular, o nome do comitente; e rege-se a responsabilidade pelos princípios concernentes à comissão "del credere".

As negociações da Bôlsa que não tiverem por objeto letras de câmbio somente assentam sobre quantidades, sem especificação dos números característicos dos títulos (Decreto n. 2.475, art. 48). Derivam do art. 48 as seguintes principais conseqüências :

a) Nas operações cujo objeto fôr ações de companhias. títulos da dívida pública, etc., não se pode tornar contratual-mente infringível o que é fungível; tem-se por proibida a cláusula que estabeleça: "querem-se apenas os títulos de us. 1.000

a 1.200 da emissão do Tesouro Estadual de , ou quaisquer outras cláusulas semelhantes.

Mas, se há razão *econômica* para a preferência, maior garantia, isenção de impostos ou outras circunstâncias, que as possam valorizar e distinguir cessa a regra jurídica do art. 48, desde que acaba a razão da lei, que era a mesmeidade deles. Para aplicação, é preciso que entre o objeto que se quer comprar, ou vender, e ordem, grupo ou cotação a que pertence, não haja econômicamente valor maior ou menor, que desfaça a identidade. Não seria regular a pretensão de comprar por intermédio dos corretores as apólices de ns. 12.412 e 12.520 do empréstimo municipal de 1907, ou as ações de ns. 200 a 800 da Companhia X.

b)Contudo, no que respeita a letras de câmbio, outra é a regra jurídica na lei, que expressamente as excetua. Nas operações que tiverem por objeto cambiais, é de mister caracterizá-las.

Nos próprios assentos, que deve fazer nos livros obrigatórios, das negociações de letras de câmbio, tem o corretor de mencionar o vendedor, o comprador e a praça sobre a qual fôr feito o saque, o prazo e as estipulações a esse referentes, sem prejuízo das demais declarações exigidas no art. 49 do Código Comercial (Decreto n.

2.475, art. 54).

Nas negociações de títulos ao portador e à vista, deve o corretor declarar, não somente a natureza dos títulos, mas, ainda, a *série* e os *números,* se os comitentes o exigirem (Decreto n. 2.475, art. 54, 2.8 alínea). E isso não excetua o que acima se disse: é medida *posterior* à operação, extrínseca, para segurança do comitente.

Cautelosamente, pode o vendedor querer que se saiba ao certo o que ele vende e o comprador o que ele compra: feita a exigência, não lho pode recusar o corretor. Se o recusa, incorre na penalidade do art. 151, *e),* do Decreto n. 2.475.

Reputa-se perfeita, com a tradição pelo corretor vendedor ao corretor comprador, ou pelo lançamento nos livros daquele, em nome desse, a venda dos títulos ao podador (Decreto n. 2.475, de 13 de março de 1897, art. 90).

Trata-se de regra jurídica explícita, quanto à corretagem, quer no Distrito Federal, quer nos Estados-membros que adotaram o Decreto n. 2.475, explícita ou implicitamente. Efetua-se o contrato com a só intervenção do corretor, que vende, e do corretor, que compra. Entre eles, e não entre as partes, comitentes de um e de outro, estabelece-se o fenômeno jurídico de substituição subjetiva no direito real sobre o titulo ao portador, bem que substituído seja a parte que vende e substituinte a que compra. Não seria preciso nenhum ato do pretendente à aquisição, nem qualquer outro do proponente da venda, além do encargo ao corretor. Como esse , no sistema do Decreto n. 2.475, responde pela execução das negociações em que interfere (Lei n. 854, de 16 de dezembro de 1895, ad. 4?, pr.; Decreto n. 2.475, art. 35), nem mesmo é de mister à perfeição da venda o ato do comitente vendedor a incumbir de tal execução o corretor, isto é, a entregar os títulos.

No sistema do direito comum brasileiro (Código Civil, art. 620), pode considerar-se *perfeita* a venda sem que se transfira o domínio. Ê de mister, para a transferência da propriedade dos bens móveís, a tradição, e, para os imóveis, a transcrição. A compra-e-venda produz apenas a obrigação de dar; no que se diferença de outros sistemas

jurídicos o direito do Brasil.

Pode acontecer que o corretor lance nos livros a venda feita, e não entregue os títulos; nem por isso tem-se por não perfeita a transmissão da propriedade: tem o corretor o prazo de dois dias de graça para liquidar a negociação (Decrete n. 2.475, art. 187, parágrafo único) e para isso adquire os que o comitente não houver fornecido, a quem cobrará a diferença da cotação. Se o corretor não executa o contrato, em vez de se lhe abrir falência, processo falho, defeituoso e demorado, a parte interessada comunica o fato à Câmara Sindical. em escrito, com os documentos indispensáveis, e o síndico liquidará a operação com a compra de títulos que bastem. Tais comunicações devem ser feitas até uma hora antes da bôlsa subseqüente à do dia do vencimento.

Quando o corretor não pode fornecer, nos prazos regimentais, para a liquidação, os fundos necessários, a Câmara Sindical requisita ao Ministro da Fazenda o levantamento da quantia suficiente, pois é essa uma das finalidades da caução.

Pelo direito comum, inexecutado o contrato, caberia a ação de perdas e danos (culpa contratual) ; no sistema do Decreto n. 2.475, liquida-se o contrato com a compra administrativa de outros títulos. A isso serve a fungibilidade. do objeto: títulos.

CAPITULO XII

SIGNOS AO PORTADOR

§ 3.783. Conceito e natureza

1.BILHETES, SINAIS, FICHAS E TIQUETES. Com freqüência fazem-se bilhetes, sinais, fichas e tíquetes, como os que se vendem para os teatros, cinemas, parques de diversões , conferências, e os vales para corridas, banhos, bebidas e livros. O criador de tais signos em verdade cria títulos ao portador de prestação de serviço, ou mercadoria para consumo imediato ou posterior. Os selos de correios e outros não têm natureza diferente.

De ordinário, não há assinatura do criador do titulo. Daí termos de chamá-lo “criador”, e não “subscritor”, O ato de criação de acordo

com o programa, ou, plano, ou com a lei, que os enche de declaração de vontade, perfaz o negócio jurídico unilateral. Se o criador ou algum empregado seu o perder, quem o acha está na situação do achador de qualquer título ao portador perdido e pode o criador ou alguém por ele *(e. g.,* o porteiro) opor-lhe a má fé na ~ de posse, bem que seja, quase sempre, difícil a prova. Se houve furto, dá-se o mesmo. É preciso que haja alegação e prova da má fé perante o criador do signo ao portador, para que prevaleça a objeção de não ter nascido a relação jurídica de dívida entre o portador e o criador do signo ao portador.

Não é preciso para ser ao portador que no título se insira a respectiva cláusula; ele o é, não porque se diga e se proclame como tal, mas porque o portador com ele se legitima para o exercício do direito, que é a apresentação com todas as conseqüências legais.

Assim, pode derivar da forma ou da natureza da cártula o ser ao portador e cabe à doutrina e à praxe distinguir as espécies. Muito auxilia a interpretação da vontade do subscritor.

Há títulos inominados que não são ao podador: meros documentos, e nada mais; quem os encontra nem por isso pode apresentá-los para exigir a prestação (A. ER. ORTWEILER, *Inhaberschnjd2eichen,* 9): os cartões de sociedades particulares, os recibos em geral, se não mencionam o pagador ou depositante, etc. São a~ueles a que chamou o ilustre GIERRE:

títulos nominativos com a forma de títulos ao portador ou títulos ao portador aparentes *(scheivLbare Inhaberpapiere)* pôsto que não contenham o nome do credor, é a ele e somente a Ole que poderá ~er paga a prestação (Orro VON GIERKE *Deutsches Privatrecht,* II, 161; li. V. SIMON, *Die namen.losen Zinsscheine der Orderpapiere,* 15 a.).

São possíveis, na prática, títulos que contenham nomes. mas sejam, a despeito disso, ao portador.

Por outro lado, títulos há que não precisam da assinatura, e nem sempre são de legitimação, como pretendem alguns escritores.

2.ANALOGIA NO TRATAMENTO. Os signos ao portador são títulos ao portador. Hão de ser tratados por analogia com os títulos ao portador assinados ou *subscritos.* A declaração de vontade implícita é unilateral. A explicitude é alhures, na lei, que os rege, ou no programa ou plano. Quase sempre não são selados, mas os de casas de diversões às vezes o são. A relação jurídica de dívida começa com a posse de boa fé. Se o ladrão da entrada a apresentou ao porteiro, entrou no teatro e assistiu

à peça, exerceu pretensão que não existia, mas cuja inexistência seria difícil, se não impossível, provar-se.

À apresentação do signo ao portador nasce a *obrigação.* O criador libera-se pela prestação ao portador e tem de prestar ao portador.

Se o possuidor de boa fé o adquiriu ao ladrão ou ao achador, não pode o criador opor-lhe a objeção de não ter emitido.

O criador vincula-se diante do possuidor de boa fé em relação a ele mesmo se já estava incapaz. Os sucessores a causa de morte ficam vinculados se a posse de boa fé foi após a morte do criador do signo ao portador.

O criador só é obrigado a prestar contra a entrega do signo ao portador.

Assim, os princípios concernentes à inoponibilidade de objeções e exceções são os mesmos que regem os títulos ao portador *assina dos* ou *subscritos.*

8.VEDAÇÃO DE TÍTULOS AO PORTADOR E SIGNOS AO PORTADOR. Se o signo ao podador é de prestar em dinheiro, trata-se de moeda proibida. Se a prestação não é em dinheiro, o ad. 1.511 do Código Civil não incide.

Se o bilhete ao portador tem as declarações seguintes:

"dois mil cruzeiros: vinte tiros no *stand* A", não se trata de título ao portador, que incida na proibição do Código Civil, art. 1.511, nem a expressão "vinte tiros no *stand* A" compõe :t figura do *modus,* aposto ao negócio jurídico principal, que se□ ria, então, a ilegal promessa ao portador de quantia ceda em dinheiro.

O bilhete vale dois mil cruzeiros *de tiros:* como ocorre nas doações, a determinação do fim *faz com que a coisa comprada* <o escravo, no exemplo romano da L. 2, § 7, *de donationibus, 89,* 5, ou as balas, na espécie apontada) se identifique com o *meio.* Tício *quase* doou o escravo; e o dono do *stand* ao emitir o bilhete, limitou tanto o valor dos dois mil cruzeiros, que *quase* vendeu cartuchos.

Se alguém subscreve bilhete, em que se lançaram expressões como estas. "vale esmola para a Cruz Vermelha~~, "o podador pode pagar, uma vez, na festa do Teatro Municipal" o que se vê é a figura do emprego ou errogação (Verwendung) do próprio bilhete, não

condição, ou *modus,* porque lhe falta a acessoriedade, ali, inexidade, aqui, anexidade. Se declarasse "vale dez mil cruzeiros: pacote de confeitos e espórtula na festa do Asilo A" . teríamos errogação de parte do objeto do crédito.

Pode ocorrer que o título só seja exigível, se, no dia, ou dentro do prazo determinado, se efetua a festa; não se tem aí *modus,* mas condição suspensiva; *modus con.trah.it, condicio susvendit:* no negócio jurídico condicionado, há eventualidade, no o *nodus* há direito *com* a obrigação. Se a condição fosse potestativa, menos fácil seria a distinção, porém não seria impossível: pressuposto para o negócio jurídico o fato do próprio interessado, existiria elemento moral, decorrente da imprescindibilidade da execução do ato para a irradiação da obrigação do promitente. Na condição (potestativa) não há obrigação, há *meio a* fim de se perfazer a vinculação.

Nos negócios jurídicos *sttb modo,* o beneficiado pode aceitar ou recusar a promessa, legado, ou doação, mas aceita surge o *modus,* porque, na disposição modal, o adquirente é ao mesmo tempo o obrigado. *Implementunv condicionis respectu mii est coetingens,* dizia, a propósito, F. MANTICA, *sul respeútu dispositionis eM*

necessamum.

Nada impede que se declare nos títulos "válido até amanhã", "entrada do Teatro Municipal, até o dia 14 de julho". Aí, não há. evidentemente, condição, mas sim termo inicial e final de direito de apresentar o título, a fim de constituir a obrigação, e receber o crédito ao entrar no teatro. E todos sabemos que não há identificar a condição com o termo.

Pode acorrer, porém, que a frase aposta importe condição resolutiva: "vale x resmas de papel, que serão entregues ao portador, pelo preço de dez mil cruzeiros cada uma, se o preço do dia 10 de agôsto não fôr superior a y". A resolução, no caso da elevação do preço a mais de y, opera *ex tune,* isto é, permite a, reposição das coisas no estado em que se achavam.

Nenhuma das espécies acima constitui *modus:* condição, termo e *nudus* entram nas classes das determinações mexas e anexas, são autolimitações da vontade (Selbstbeschânkúngen des Willens) ; mas nem as condições, nem os termos se assemelham ao *modvêt* Trata-se de figura irredutível às figuras referidas e, devido à sua diferença específica, a quaisquer outras figuras jurídicas.

4.SIGNOS AO PORTADOR E DECLARAÇÃO UNILATERAL DE VONTADE. Diz-se por vezes que, com a promessa que se contem nos bilhetes de teatro, de cinema, de transporte carril pelas rua§,3como,os de ônibus (WILHELM FUCHS, *Die Karte‟n mui Marken des tdglichen Verkehrs, 83),* ou por estradas de ferro (E.

REMPNER, *Der ?Qchtliche Charakter des Stro.ssenbahnbiilets,* 27, 30, 47 s.), há *recibo* do que a empresa vai prestar, pâsto oue não se trate. vrôpriamente. *sempre,* de *quitação* . O argumento contra a alusão à quitação, porque essa exige forma escrita prevista no art. 940 do Código Civil *(e. g.,* WALTHER SEELMANN, Das Strassenbahnbillet, *Archiv $r Rilrgerliches Recht,* 25, 192), é frágil: seria quitação especial, devido à natureza do signo ao portador (cf. OsKÁR BEXERSDORF, *Die rechiliche Natur der ELsenbahnfahrkarte,* 63 s.; W.

DILOO, *Die Quittung,* 101 s.). Em tudo isso, há a demasiada atenção àproximidade das bilheterias. „Tem-se o cartão, a ficha, ou o que quer que seja, como recibo, ou como quitação, porque não se separou o que em verdade é separado: o negócio jurídico subjacente, que seria bilateral (venda de entradas, passagens. vales) e o título ou signo comprado ao próprio emissor. Ésse é signo ao portador: de quitação não se precisaria, porque a compra foi à vista e com a entrega imediata. O bilhete ou a ficha ou outro signo exprime; não é meio de prova (cf. A. VON

WEWOLD, *Zur Lehre vom gerichtlichen Áugenschein,* 56).

Outro ponto que se há de pôr claro é que o criador do signo ao portador *deve* ao possuidor de boa fé, mas .a obrigação somente nasce quando o portador o apresenta no lugar em que se há de prestar *(e.* g., ao empregado da porta de entrada, à portaria, ao porteiro, ao garção que há de servir aquilo que se promete no bilhete ou noutro signo ao portador). Não se trata de contrato, mas de criação de signo ao portador, de jeito que é ociosa a discussão quanto ao momento em que se perfaz o contrato, como se nota em F. KEMPNER *(Der rechtliche Charakter des StrassenbahflbifletS,* 34 s.), 1 <. HILSE *(Handbuch der Strassenbah4lcund,e,* 1, 258) e W.

SCHNEELI, *(liXe rechtliche Natur des Eisenbahn-fahrsehetfls, 64).*

§ 3.784. Particularidades dos signos ao portador

1.FORMA E CONTEUDO ALHURES. Os signos ao portador podem ter

palavras ou algarismos impressos ou pintados ou gravados *(e. g.,* Teatro Santa Isabel, Cinema São Paulo, 1, 2, 101) e até assinatura ou rubrica. Podem nada conter, como as fichas de metal ou matéria plástica, ou os tíquetes picotados.

O signo ao portador, por mais simples que seja, como a ficha de matéria plástica ou de alumínio sem qualquer modificação escrita, tem conteúdo, que está implícito, mas explícito alhures. O cinema ou bar onde se adquire tem o seu plano de vendas, escrito ou apenas combinado entre a empresa ou dono do estabelecimento e os empregados. Desde o momento em que, no guichê, se entrega, contra dinheiro, a entrada, estabelece-se que se deve ao possuidor aquilo que ele foi *adquirir.* As circunstâncias compõem o programa ou plano de criação e de emissão das fichas.

A posse, perante o criador da ficha, há de ser de boa fé. Se alguém assalta a bilheteria, ou apenas apanha, em gesto rápido, as entradas que vão ser vendidas, pode a empresa tomar providências para que não sejam utilizadas à entrada. A prova do furto pode não ser fácil. Difícil é, se algumas ou muitas já foram entregues, provar-se terem sido *outras* as que alguém furtou. A empresa assume a responsabilidade das medidas que entende adotar, como se passa a *venderas* entradas com outra côr, ou em pedaços de papel escrito. Se há. safli de espera, a verificação é mais fácil, mesmo se aparece pessoa que *comprara* antes e não entrara na sala de espera.

A afirmação de ter *comprado* à bilheteria afasta a suspeita de aquisição ao ladrão. Seja, porém, como fôr, não pode a empresa negar ~ entrada sem ter *prova* da posse de má fé em relação à empresa, por parte do apresentante, mesmo se lhe pede que depois dê informações que sirvam à investigação policial.

(As expressões, acima empregadas, “vender”, “comprara”, “comprado”, de modo nenhum significam que o signo ao portador *seja* negócio jurídico bilateral. Na bilheteria, compra-se a entrada, o bilheteiro vende-a; porém aí há negócio jurídico subjacente. O signo ao portador, esse, contém declaração unilateral de vontade.) Acontece que o tempo em que hão de ser apontados os signos ao podador é curto, ou a data certa muito próxima da emissão. As ações de que falamos ficam, quase sempre, sacrificadas.

Se a empresa, diante de furto ou perda, toma a medida de pré-excluir a legitimação, como se 6 empregado que vai levar à bilheteria os ingressos perde o pacote, ou é assaltado, mas *amortizou* o título, porque ainda não começara a negociação na bilheteria. Pode dar-se

que, diante da ocorrência, se inicie a venda de bilhetes carimbados ou com iniciais do empregado. Não há amortização, porque havia tempo para se retirar qualquer eficácia‟ à criação dos signos ao portador.

2. PERDA, FURTO E DESTRUIÇÃO. O possuidor do signo ao portador tem as ações que tem o possuidor dos títulos assinados ou subscritos. Ao proprietário sem posse cabe a ação reivindica%ria nos casos em que a teria o proprietário do titulo ao portador assinado ou subscrito. A vindicação da posse também é exerci vel.

Não há, porém, a ação *de amortização,* salvo se o programa, o plano ou a lei a admite, em se tratando de signos ao portador *identificável* .

TÍTULOS DE LEGITIMAÇÃO “STRICTO SENSU”

§ 3.785. Conceito de título de legitimação

1.TÍTULOS AO PORTADOR E TÍTULOS DE LEGITIMAÇÃO. Há dois sentidos de “titulo de legitimação”: um, largo, em que se compreendem os títulos ao portador, títulos a cuja apresentação o subscritor *tem de prestar* e se libera se presta ao portador; outro, estrito, em que somente cabem aqueles títulos a cuja apresentação o subscritor *pode,* prestando, liberar-se. Aqui, o sentido. em que tratamos dos títulos de legitimação é o sentido estrito: título no qual se promete prestação a alguém. mas o subscritor *pode* prestar ao portador. -O podador *mio pode* exigir; o subscritor *pode* prestar.

2.CÓDIGO CIVIL, ART. 1.510, ALÍNEA 1.8. Lê-se no Código Civil, ad. 1.510, alínea 1.: “Se o título, com o nome do credor, trouxer a cláusula de poder ser paga a prestação ao portador, embolsando a êste, o devedor exonerar-se-á validamente ; mas poderá exigir dele que justifique o seu direito ou preste caução”. Ponhamos a regra jurídica em linguagem técnica: “Se o titulo, com o nome do credor, tem a cláusula de poder ser paga a prestação ao portador (= a quem o apresente), libera-se o devedor, embolsando a esse; mas pode exigir dele que justifique o seu direito, ou preste caução”. O advérbio “validamente ” foi de infelicidade a todo o ponto.

(Pagamento não pode ser nulo, ou anulável; ou houve, ou não houve, ou é eficaz, ou não é eficaz. Nulidades e anulabilidades são

deficiências de suporte fâctico, de que somente são suscetíveis os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos.)

Vem do Projeto primitivo o art. 1.510. Nele foi dito (art. 1.632) “Se o título traz o nome do credor e a cláusula de poder a prestação ser feita a qualquer portador, o devedor exonera-se validamente , satisfazendo a prestação ao portador. ma~ pode exigir que êste justifique o seu direito, O credor cujo nome se acha inscrito no título, pode reivindicá-lo do quem quer que injustamente o detenha”. A Comissão Revisora resolveu acrescentar no fim da a parte: “ou dê caução”

1

(Código Civil brasileiro, Trabalhos, 1, 564 e 875) fêz alterações de forma e, antes de se referir à reivindicação, coerente com o atual art. 521, já relativo aos títulos ao portador, explicou que o credor inscrito se “presume dono”. As frases posteriores nada mais fizeram do que lhe retocar a forma e lhe apurar o estilo. Ainda depois de vigente o Código Civil, houve mudança de escrita. No art. 1.510 da edição primitiva lia-se: mas poderá exigir-lhe que justifique o seu direito, ou preste caução ”. Providenciou a Lei n. 3.725, de 15

de janeiro de 1919. a fim de se substituir ao desusado “exigir-lhe” o mais usual “exigir dele”. Deve-se a EPITACIO PESSOA a emenda, apresentada no Senado Federal.

A Câmara dos Deputados, pelo Projeto n. 154-E, de 1916. que mandava ao Governo tirasse edição oficial do Código Civil, fazia ao texto conhecido algumas correções. Muitas foram por nós apontadas. Fomos a primeira voz a clamar contra os descuidos gravíssimos de linguagem e de doutrina, com que saiu a lei civil. No Senado, EPITÁCTO PESSOA, em discursos igualmente sensatos que convictos, elevou o número das emendas, com que se houvera por bem mondar o Código. Respondeu-Ihe, mas recebeu dobrada réplica o senador JOÃO Luís ALVES. EPITÁCIO PESSOA insistiu; e tivemos forte lide parlamentar, sobre assunto Sério e fundo, o que. já àquele tempo era raro. Dentre as alterações de redação, urna interessa ao art. 1.510, como dissemos, pois que a projeto mandava proceder-se à recomposição de uma cláusula *(D. do C. N.,* 19 de setembro de 1917. 2.445):

“Diga-se *poderá erigir dele que justifique o seu direi> to,* em vez de *poderá exigir-lhe que justifique o seu direito”.* A razão ia apresentada fora a mesma que *já* havia militado para a emenda ao ad. 883. E eis como a formulara o presidente e relator do parecer da Comissão de

Justiça e Legislação do Senado Federal: "O Código emprega o verbo *exigir* com a preposição *de* (e não com a preposição a) em vários dispositivos... No art. 883, entretanto, dá ao complemento indireto de exigir a preposição a em lugar da preposição *de. Pode* exigir-LHE que *o desfaça,* isto é, p credor pode exigir A ele *(ao* devedor) que desfaça o ato, em vez de o credor pode exigir (do devedor), que o desfaça. Seria bom uniformizar a sintaxe, e a última forma é preferível. O verbo *exigir,* no sentido próprio, constrói-se com *de,* e não com a: exigir alguma coisa *de* alguém. Assim era no latim; assim nas línguas dele derivadas.

Na Câmara dos Deputados, em 1918, o relator da parecer da Comissão de Constituição e Justiça rejeitou algumas emendas do Senado, dentre elas a de n. 158, ao art. 1.510. Em voto vencido, reproduziu o deputado OSCAR SOARES as considerações da Comissão do Senado, em termos seus e felizes. Manteve o Senado a emenda de EPITÁCIO PESSOA.

fi 3.786. Legitimação a prestar ao portador

1.DISTINÇÃO ENTRE TÍTULOS AO PORTADOR PROPRIAMENTE DITOS E TÍTULOS DE

LEGITIMAÇÃO Se o devedor *quer,* pôde liberar-se, de modo que, em vez de acorrer o que mostramos a propósito das títulos ao portador propriamente ditos (legitimação do portador e legitimação da devedor), só há legitimação a favor da devedor. se quer, solve, e liberada fica. Não importa se o portador, perante o dono ou possuidor do titulo, podia receber: o devedor, esse, podia pagar.

Porém não se pode ir às extremas. O devedor *pode* liberar-se como *deveria* liberar-se o subscritor do título ao portador propriamente dito. Se o portador estava de má *fé* e o subscritor conhecia a sua ilegitimação, não se pode pretender que seja irresponsável perante o dono ou possuidor, como ~,e a sua ciência do mal nenhuma conseqüência tivesse. Tudo se passa para os subscritores de títulos de legitimação como para os subcritores dos títulos ao portador propriamente ditos. Apenas tem ele legitimação a prestar ao portador sem ter de prestar, se entende que somente o há de fazer à pessoa nominada no titulo. Nos casos em que ao portador do título ao portador devi a não prestar. também não deve prestar ao portador do titulo de legitimação *stricta sensu.*

2.~APRESENTAÇAO no TITULO. O subscritor paga contra a entrega do titulo de legitimação. Ainda que se trate de possuidor contra o qual nada se pode argUir *(alter,* da própria pessoa cujo nome consta do titulo de legitimação , o subscritor não tem de pagar sem ser contra a entrega do titulo de legitimação. Mesmo se alguém exibe instrumento de cessão de crédito, o subscritor não está obrigado ao adimplemento, uma vez que falta a apresentação do titulo.

Há, portanto, ponto assaz relevante, que é o de poder o nominado receber, passando recibo e quitação, mesmo se não exibe o titulo. Nem se trata de título ao portador propriamente dito, nem de titulo endossável.

Se o credor cedeu o crédito, a despeito de ter recebido a prestação, ou se a recebe depois, não tem conseqüências contra o devedor, porque o negócio jurídico da cessão de crédito somente é eficaz contra o devedor se feita a notificação segundo o art. 1.369 do Código Civil.

2.1NTERÉSSE DO CREDOR~ o procedimento doe arts. 336-341 do Código de Processo Civil cabe se, por interesse do credor, se propõe a ação de amortização . Mas o credor, uma vez que o titulo não é título ao podador propriamente dito, nem título endossável, pode ter interesse na medida da intimação pan não pagar a. quem o apresenta mesmo se não se vai propor a ação de amortização

1.EXTRAVIO E FURTO. Se o titulo foi extraviado ou furtado, cabe o processo de amortização, salvo se nele, ou na *lez specials,* ou no plano, ou no programa ficou preestabelecida outra solução. O ad. 1.509 do Código Civil é invocável. Bem assim, o art. I.SOS, parágrafo único. O processo é o dos arts. 3S6-341. do Código de Processo Civil.

A Amortização não é necessária, posto que o seja para os títulos ao portador, porque basta a ciência pelo devedor, que então *não* pode pagar ao portador, pela pré- eliminação da legitimação.r A pessoa nominada, ou comunica o fato ao devedor, ou pede que se proceda conforme o art. 1.509 do Código Civil, sem ser preciso que amortize o título. Em verdade, tratar-se-ia de simples comunicação de conhecimento, feita pelo credor, para que se não pague ao portador.

Parte VIII. Títulos nominativos

CONCEITO E NATUREZA DOS TITULOS NOMINATIVOS

§ 3.788. Conceito de títulos nominativos

1.TÍTULOS-VALOR E NOMINAÇÃO. No trato dos títulos nominativos, o que primeiro se há de pôr assaz claro é que se está diante de *títulos,* e não de meros *documentos.* Os títulos nominativos podem ser endossáveis, mas isso não lhes tira o traço inicial, que é a *nominação, a* inserção do nome de alguém como beneficiário. Se os títulos nominativos não são endossáveis , o que acontece é que não se pode declarar, no próprio título, a vontade de transmitir a propriedade e a posse, que há no endosso, seja em preto , seja em branco.

Aqui, o que nos há de interessar é o título nominativo não-endossável, uma vez que dedicaremos a Parte IX aos títulos nominativos endossáveis. Daí empregarmos, simplesmente, a expressão “títulos nominativos”.

2.TITULO -VALOR. É freqüente o êrro de se pensar que os títulos nominativos são *documentos de crédito.*

São títulos-valor, como os títulos endossáveis e os títulos ao portador. Também eles têm a característica da *literalidade* e a da *retaliação jurídica entre o subscritor e o proprietário-possuidor,* pelo fato de ter havido a declaração do dono-possuidor de o alienar e a posse do nôvo nominado.

Qual o meio pelo qual se transferem a propriedade e a posse é problema de técnica jurídica para o qual se apresentam soluções assaz diferentes <*e.* g., termo em livro próprio, em que se contenha declaração unilateral de vontade do nominado, ou declaração bilateral de vontade dele e do nôvo nominado, o que compõe a figura do acordo de transmissão;

declaração bilateral de vontade do proprietário-possuidor e dc nominado, lançada no próprio título).

As ações de sociedades por ações são nominativas ou ao portador <Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, xrt. 23). Não são endossáveis. O Decreto-lei n. 2.627 riscou a regra jurídica de endossabilidade. As ações não podem, sequer, ser mistas (nominativas

ou ao portador). O nome do acionista e inscrito no Registo das Ações nominativas.

Diante de qualquer título nominativo, o que mais importa é o que ele tem de comum com os títulos nominativos endossáveis e os títulos ao portador: serem títulos.

O fato de se falar de *titulo,* no sentido de fonte do direito, leva por vezes os juristas a desatenderem à natureza dos títulos-valor. Se há título nominativo não endossável, ou título nominativo endossável, ou título ao portador, o *valor* está no título mesmo, e não no direito, como se dá com os créditos apenas documentados. O título-valor vale como título, no qual se incorporou o direito, ao passo que, em se tratando de direito documentado, o documento não tem valor, somente tem importância como meio de prova. (O valor proprio que possa ter o documento é à parte do que nele se documenta, porque não é titulo-valor.) Outro traço comum aos títulos nominativos inendossáveis, aos títulos nominativos endossáveis e aos títulos ao portador está em que todos eles são títUlos de legitimação *lato sensu.*

§ 3.789. Criação do título nominativo

1.Aro DE CRIAÇÃO, DECLARAÇÃO UNILATERAL DE VONTADE. De ordinário, o ato de criação do titulo nominativo é negócio jurídico unilateral. Bem que do titulo conste o nome da pessoa a quem se promete, ou se declara titular de direito. não há bilateralidade do negócio jurídico. Séculos de insuficiente análise levaram os juristas a ver sempre bilateralidade onde bilateralidade não há. Se A subscreve titulo a favor de B e o põe na gaveta, o que aí se tem, embora negócio jurídico perfeito, é declaração unilateral de vontade que entrou no

mundo jurídico, porém ainda não tem eficácia. O grande mal

consistiu em que se procurou aprofundar a distinção entre os títulos ao portador, os títulos endossáveis e os títulos nominativos, em vez de também se dedicar tal esfôrço no sentido de se distinguirem dos créditos insertos em títulos-valor os créditos apenas documentados e, às vezes, nem sequer documentados.

O negócio jurídico é unilateral, a despeito da *nominação.* Não se trata de documento de negócio jurídico bilateral, que dependa de duas pessoas assinarem. Só uma assina, embora insira o nome de outra. Há os três momentos, como se passa com os títulos ao portador e com os

títulos endossáveis. A diferença entre eles ocorre no segundo momento :□ nos titulos ao portador, o que importa é a posse pelo *alter* digno, isto é, pelo possuidor de boa fé em relação ao subscritor; nos títulos nominativos endossáveis, o endosso *mais* a posse de boa fé em relação ao subscritor; nos títulos nominativos não-endossáveis, o nome do outorgado *mais* a posse de boa fé perante o subscritor. Se A subscreveu o título ao portador e E lho furta. E é possuidor de má fé perante A. Se A subscreveu a favor de E o titulo nominativo endossável e E o furta, endossando-o a favor de O, conluiado com E, C é possuidor de má fé perante A. Se A subscreve a favor de E o título nominativo não-endossável e E o furta, ou O o furta, ciente 8, E é possuidor de má fé perante A.

Tendo em mão lista de nomes de estudantes, pode alguém subscrever títulos nominativos e jogá-los pela janela que dá para o pátio da Faculdade. Nenhuma bilateralidade há em tal negócio jurídico, que se *perfaz* com a assinatura. A posse pelo beneficiado é somente para a *eficácia.*

2.PRESSUPOSTOS. Os títulos nominativos têm de satisfazer as exigências que a lei e os estatutos, programas ou planos estabelecem. De ordinário, são pressupostos necessários a indicação da prestação, a data, o tempo e o lugar em que se há de prestar, o nome da pessoa a quem se há de prestar e a assinatura do promitente, ou pessoa em cujo poder está a coisa, em se tratando de títulos representativos. Pode dar-se, contudo, que a *lez specialis* dispense os dizeres, exceto o da pessoa a que se há de prestar, como acontece com as fichas nominativas para entradas de casas de diversões, se não há, sequer, a Indicação da sociedade ou da empresa. Isso é raro. Não, porém, a só indicação da sociedade ou da empresa e a da pessoa a que se há de prestar, urna vez que a ficha sirva para entrada em qualquer dia de função. Aliás, pode conter apenas indicação não-nominal do favorecido, como o seu número no clube.

A criação do titulo nominativo, que é instrumento literal, não é, em si, negócio jurídico bilateral, O negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, sim, porque se refere à obtenção do título.

Quanto ao nome do proprietário, pode ocorrer que nem ele figure no título, somente haja, por exemplo, número, ou, até, nem isso. Então, a apresentação do título nominativo, que se há de chamar *silente,* ou *branco* (diferente de “em branco”), quer para exercício da pretensão, quer para formalidade de transferência, dá ensejo a que se verifique se o titular consta da série ou ordem dos titulares. Aliás, após a

transferência, que não conste do título, em poder do proprietário fica sempre título que não tem o seu nome. Dai a importância do ato da criação: o nome do tomador pode lá estar, sem que o subscritor tenha entregue o título, e não se pode tratar a espécie sem se atender a boa fé em que se achava o tomador se alguém lhe entregou o título, sem ou contra a vontade do subscritor. Isso apenas prova que o título nominativo também é declaração unilateral de vontade.

3.VALES INTERNOS OU RECIBOS. Os *vales* de pessoa a pessoa não são títulos ao portador, mesmo se deles não consta o nome do credor. São *recibos,* a que se deixou de apor o nome porque, não se destinando à circulação, pareceu desnecessário aos que os subscreveram. São *títulos nominativos,* a despeito da falta de nominação. A qualidade do devedor faz supor-se quem é credor. Não circulam. substituir moeda corrente. Não é invocável, contra eles, o art. 1.511 do Código Civil. Disse bem a 1.a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 17 de setembro de 1952: "Não visaram eles a substituição da moeda corrente, mas, consoante uso comercial, provar a existência de dívidas, constituindo os chamados comprovantes de caixa". Também a ~1a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 4 de abril de 1941 *(R. de J. E.,* 53, *66; R. dos T.,* 187, 296) : ". . .é bem de ver que, na espécie, não se trata de um título ao portador, nem o artigo mencionado alude a esses documentos de mera confiança, usuais no comércio. O vale, uma vez reconhecido, confessado, é valioso começo de prova por escrito e seu conteúdo não foi desmentido pelo réu, O *vale* é praticamente usado no comércio para comprovar algum suprimento urgente, alguma retirada de dinheiro, algum adiantamento, ou mesmo empréstimo rápido . Não se faz lançamento, e figura na caixa corno dinheiro. Os próprios dicionários o definem: "escrito representativo de quantia em dívida passada sem forma legal". Não se lhe poderá negar valor, se o seu signatário o confessa. Não é esse documento o título ao portador de que cogita o ad. 1.511 do Código Civil, onde existe proibição que vem desde a Lei n. 1088, de 22 de agôsto de 1860, e da Lei n. 177-A, de 1898, visando a emissão de título de crédito circulável, substitutivo da moeda. Não se refere a lei a obrigações civis que apends não assumem a forma prevista em lei". Alguns reparos: não é pressuposto necessário que não se faça lançamento e figure na caixa como dinheiro. Os vales de adiantamento por serviços prestados de ordinário se lançam. Não é preciso confissão, ou reconhecimento, para que seja *começo de prova.* Não se trata de título ao portador, razão por que o art. 1.511 não incide. A 5□5 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 28 de maio de 1941 *(R. F.,* 88, 178), caiu em grave contradição: "Nos termos do art. 1.511 do Código Civil, é nulo um

vale, quando o signatário, ou emissor, se obrigou, sem autorização em lei formal, a pagar ao portador quantia certa em dinheiro. Representa, porém, começo de prova, a ser completada por outros meios".

Certo, o acórdão da Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 29 de janeiro de 1947 *(1?. dos T.,* 166, 704) : "Nenhuma nulidade há nesse documento, que se não confunde com os títulos ao portador, visto como é simples documento firmado entre o autor e o réu, destinado a servir de prova entre ambos, e não a circular de mão em mão". Adiante: "O vale exibido em nada se parece com os títulos ao portador, quanto à forma, quanto aos característicos, não tendo também como destino circular por simples tradição manual, a não parar nas mãos do credor e documentar, até que o devedor satisfizesse o pagamento. Não devia circular como titulo de dívida, pagável a portador indeterminado, e muito menos circular como sucedâneo da moeda. Foi simples meio sumário de prova entre as partes, para facilitar negócios rápidos, de liquidação próxima, motivo pelo qual os interessados julgam sempre dispensável o recurso a formas de obrigação mais demoradas e complicadas".

§ 3.790. Transmissão da propriedade e da pouse do título nominativo

1.PROPRIEDADE DO TITULO NOMINATIVO. A propriedade do título nominativo transfere-se com a formalidade que a lei ou o negócio jurídico que o criou lhe exigiu. O assento ou termo no livro próprio tem por fim transferir a propriedade ao nominado. Não é, em principio, exigido o acordo de transmissão, nem a tradição.

Não se pode, a *priori,* dizer como se há de formalizar a transferência. Depende isso das *leges speciales.*

Se não foi exigida a bilateralidade, o negócio jurídico é unilateral. Fica perfeito com a satisfação dos pressupostos conforme a lei, os estatutos, o programa ou o plano.

O Código Civil, no ad. 1.078, é expressivo: "As disposições deste Título" refere-se às regras jurídicas sobre cessão de créditos "aplicam-se à cessão de outros direitos para os quais não haja modo especial de transferência". Se há, as regras jurídicas dos arts. 1.065-1.077 não são invocáveis.

A transmissão da propriedade e da posse, que se opera na série dos possuidores, não se confunde com a relação jurídica entre o subscritor e a pesSoa no momento nominada. O que chamamos "transferência", devido a uso arraigado da expressão, tem todo cabimento a respeito

da transferência da propriedade e da posse. Não, no tocante à relação jurídica entre o subscritor e cada um dos nominados, a cada momento da vida do título. Não há, verdadeiramente, *transmissão, substituição de nome.* Ao fato poder-se-ia chamar *transformação.* Trata-se de ato unilateral do subscritor, embora possa ter havido suscitamento por parte dos dois interessados.

2.TEORIAS. Convêm que se examinem as teorias principais:

(a) A *teoria da cessão* partia da suposição de que os títulos nominativos não eram, verdadeiramente, títulos-valor, mas simples documentos, com maior ou menor dose de literalidade. O assento, o termo ou a inscrição seriam simples formalidades registárias: apenas expediente de publicidade. Teria de ter havido a cessão do crédito, com todos os seus requisitos de existência e de eficácia, inclusive a notificação segundo o ad.

1.069 do Código Civil. Alguns entendiam que o assento, o termo ou a inscrição contém a notificação.

(b) A *teoria do titulo-valor* parte do princípio de que não há cessão de crédito, mas sim alienação do título nominativo, não igual à dos títulos ao portador, ou dos títulos endossáveis, e sim *semelhante.* Mas essa teoria apresenta duas espécies: uma, que não atende à unilateralidade do negócio jurídico que cria o título nominativo; e outra, que atende a isso. Ambas assentam que o titular do direito de propriedade e posse do título nominativo não pode estar sujeito a objeções e exceções oponíveis aos proprietários e possuidores anteriores.

O título-valor, qualquer que seja, é título em que se contêm negócio jurídico unilateral. Não é preciso, após a criação, que a pessoa nominada aceite: ci negócio jurídico que acaso haja existido, unilateral ou bilateral, antes da criação, ou simultâneo, ou posterior, é negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente.

Se B, a favor de quem, gratuitamente, A subscreveu título nominativo, não aceita a doação, o que se não perfez foi o negócio jurídico subjacente: a volta do título nominativo a A é volta de *objeto* doado. O mesmo título nominativo pode ser utilizado por .A para adquirir de 13 algum serviço, ou coisa, *e.* g., para pagar o preço do imóvel que E lhe venda. Aqui, o negócio jurídico é sobrejacente, a despeito de ter havido *oferta* de negócio jurídico subjacente que não foi *aceita.*

Se A criou titulo nominativo a favor de 13 e 13 obteve a transferência

a C, mas, depois, foi decretada a nulidade do negócio jurídico bilateral que existira entre A e E, C não é atingido se estava de boa fé, perante A, ao adquirir.

Se A criara título nominativo a favor de E e os herdeiros. de A o arrecadaram, provando 13 que o título nominativo era para pagamento de compras feitas por A, os herdeiros, em vez de solver a dívida em dinheiro, podem entregar o titulo nominativo, pois fora perfeito, antes da morte de A, o negócio jurídico unilateral.

a) Há aquisição pela boa fé, a começar pelo nominado, se alguém, mesmo o ladrão, ou o achador, lhe levou o título nominativo. Entre possuidores sucessivos ou então possuidor e outra pessoa de má fé que o houve do possuidor sucessivo há reivindicabilidade. O subcritor não pode reivindicar contra quem é possuidor, se não se trata de nominado de má fé em relação ao subscritor. Por exemplo: a empresa A compra a casa de B, prometendo-lhe títulos nominativos (títulos-valor), nos quais já havia inserto o nome de B, mas B, que se arrepende, conforme o, art. 1.095 do Código Civil, apanha os títulos.

b)Na série dos nominados, a reivindicação não cabe se houve boa fé, por parte do adquirente, em relação ao nominado anterior. A ação seria de indenização contra o subscritor, se não examinou o titulo e os seus próprios livros, ou contra o corretor, ou contra ambos. Cf. Decreto n. 2.475, de 18 de março de 1897: “Á responsabilidade civil dos corretores de fundos públicos resolve-se na prestação de perdas e danos resulta»tes; 1,) da entrega, em liquidação de operação de titulo irregular, amortizado, embargado, perdido, furtado, ou incluído no boletim oficial dos títulos cuja transferência estiver suspensa”

Nos casos em que a lei ou o programa ou o piano ou os estatutos acaso permitem a alienação por acordo de transmissãO lançado no próprio titulo nominativo, falta o elemento da inscrição ou assento ou termo em livro do subscritor, e tem-se de raciocinar como a respeito dos títulos endossáveis, pois apenas se exige o negócio jurídico bilateral em vez do endosso, que é negócio jurídico unilateral.

8.PREssuPosTos DA TRANSFERÊNCIA. Essencial, verdadeiramente, ao negócio jurídico para a transferência é a declaração de vontade de quem é, no momento, proprietário do título. Pode ser que isso baste, e então a transferência ocorre por negócio jurídico unilateral.

A essencialidade da assinatura do transmitente, que é o nominado ou pessoa que dele o adquiriu, prende-se à necessidade de identificação

do declarante e à prova de que declarou.

Se não foi exigida a bilateralidade do negócio jurídico, é erro pensar-se em "aceitação tácita" ou "aceitação presumida" do adquirente. O que houve foi declaração unilateral de vontade; se o nominado adquire a posse, apenas adquiriu aquilo que se lhe atribuira . Não há muita diferença entre o ato do declarante e o ato do endossante, em se tratando de títulos endossáveis. É preciso que se não confunda o negócio jurídico, oriundo da declaração unilateral de vontade do proprietário do título, com a *transmissão,* isto é, a *existência* com a *eficácia.*

Quase sempre há negócio jurídico bilateral entre quem vai adquirir o título nominativo e quem dele consta como nominado, mas esse negócio jurídico nada tem com a *transferênda* do titulo nominativo, que é ato jurídico unilateral do subscritor. Aquele negócio jurídico é subjacente e entre o nominado no titulo nominativo e quem vai ser nominado. Nada tem com a transferência do titulo nominativo, que depende do subscritor e da posse pela pessoa que passa a ser nominada.

4. TRANSFERÊNCIA MEDIANTE ASSENTO, TERMO OU REGISTRO. Se a transferência se há de fazer em livro próprio do subscritor ou do emissor, é preciso que se não confunda essa formalidade registária com a notificação que se há de fazer da cessão de crédito < Código Civil, art. 1.069), em se tratando de créditos documentados ou só suscetíveis de alegação e prova.

O art. 620 do Código Civil diz que o domínio das coisas não se transfere sem a tradição. A transferência da propriedade do titulo nominativo, feita por termo ou assento, que poda ser negócio jurídico unilateral se a lei ou os estatutos não exigem a bilateralidade, ou se o não exige o programa ou o plano, não se opera sem a tradição.

A posse é necessária para que o nominado possa apresentar o titulo, inclusive para recebimento de juros ou dividendos, se é o caso. Sem ela, a transferência da propriedade não ocorre. J. X. CARVALHO DE

MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial.* V, Parte II, 76) escreveu:

"A transferência da propriedade dos títulos nominativos opera-se independentemente da sua tradição. É exceção aberta ao art. 620 do Código Civil, porque disposições de leis especiais estabelecem outro modo de transferência, conforme se verifica reletivamente às apólices da divida pública, às ações das sociedades anônimas e em comandita

por ações e às obrigações emitidas pelos Estados e Municípios". Há confusão entre negócio jurídico unilateral de transmissão ou o acordo de transmissão e a transmissão, que é efeito.

Há acordo de transmissão entre quem e a pessoa nominada e quem vai ser nominada. Porém a transferência só se opera em virtude da transferência da posse, depois de feita pelo subscritor a nova nominação. A tradição é necessária, ou seja feita pelo subscritor, se com fie está a posse imediata. pela entrega que lhe fêz o nominado para que o subscritor, feita a nova declaração unilateral de vontade, a passe ao novo nominado, ou seja feita pelo alienante se a fie o subscritor entrega o titulo nominativo já alterado na nominaçãO. É preciso que se não confundam com a relação jurídica entre o

 subscritor e a pessoa nominada as relações jurídicas entre os sucessivos possuidores.

A entrega do titulo nominativo a quem agora é nominado, em vez de outrem, é entrega da posse imediata a quem o subscritor fêz dirigida, após a chamada transferência, a promessa. Se a entrega foi à pessoa antes nominada, qual a posse que tem essa é *quaestio facti.*

A propósito das apólices da divida pública, há contas-correntes dos proprietários dos títulos nominativos. As transferências são por termos em que se contém acordo de trans missão (Decreta n. 35.913, de 28 de julho de 1954, arts. 34 e parágrafo único, e 43).

As transferências de ações nominativas também supõem a bilateralidade (Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, art. 27, a).

Em todas essas espécies, o acordo de transmissão é de propriedade e de posse.

A exigência das duas assinaturas no termo de transferência não significa que haja *derivação* do direito. O ato de transferência é do Estado, ato jurídico unilateral, que só se há de praticar *depois* de ser assinado o termo. Não se confunda a função do subscritor-devedor com a do oficial do registo imobiliário, ou de algum registo mobiliário, indispensável à eficácia do acOrdo de transmissão. Tudo que se faz perante o subscritor para que proceda à transferência é *suscitamento.* Quem "transfere" *é* o Estado, diante do acOrdo de transmissão. Na verdade, o Estado apenas *substitui* nomes. Ele devia a quem constava do título nominativo e tinha a posse.

Agora, deve a quem consta do titulo nominativo e tem a posse.

5.ATOS JUDICIAIS. A transferência da propriedade e da posse, ou da propriedade ou da posse, dos títulos nominativos opera-se, se morrem proprietário e possuidor, ou o proprietário ou o possuidor, pela saisina (Código Civil, art. 1.572). Tem-se de proceder ao assento, ou ao termo , ou à inscrição, por ocasião de se cumprir a partilha, ou de se entregar o legado. O subscritor atende ao alvará. Na Lei das Sociedade por Ações (Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940), estabelece o art. 27, § 1.0: "A transferência das ações nominativas, em virtude de transmissão por sucessão universal ou legado, de arrematação, adjudicação ou outro ato judicial, sOmente se fará mediante averbação no livro do "Registo das Ações Nominativas", em face do documento que ficará em poder da sociedade". Por onde se vê que a própria sucessão universal ou por legado, a despeito do art. 1.572 do Código Civil, não opera a transmissão, pois essa depende do ato de registo. que é ato unilateral do subscritor.

6.NEGOCIO JURÍDIcO SUBJACENTE, SIMULTÂNEO OU SÓBREJACENTE. Se & declaração de transferência alude a negócio jurídico subjacente ou simultâneo, ou, até, a negócio jurídico que se tem de perfazer, pode o subscritor transcrevê-lo ou mencionar os elementos que o caracterizem, ou ser levado a isso por exigência do declarante ou dos declarantes.

7.INEFICÁCIA E INVALIDADlE. A transferência pode ser *inválida.* No primeiro caso, há a ação declaratória negativa do interessado no segundo, a ação é constitutiva negativa.

Porque se trata de título-valOr, é indispensável a posse para que o nominado receba o quanto prometido. À

propriedade referiu-se a declaração, e falta a posse.

8.CESSÃO DE CRÉDITO. Se o proprietário-.possuidor prefere a *cessao de crédito,* o que ele transfere é ~o crédito que lhe nasceu, e não o titulo nominativo, que é título-valor. Se não se segue a tomada de posse do título, houve cessão, mas faltou-lhe a eficácia para que o nominado se legitime perante o subscritor. Quase sempre, além da posse, a lei ou o ato de criação do titulo exige mais como elemento indispensável a transferência, *e.* g., o termo no livro próprio.

O assento ou termo ou inscrição de transferência não basta para o

subscritor entender que tem de satisfazer o figurante. Ê preciso que haja a posse do titulo. Se a perdeu, ou se o título foi destruido parcial ou totalmente, há o processo da substituição.

O subscritor, se a lei ou o programa - ou o plano exige assento ou termo ou inscrição, tem de examinar a *história* do titulo para verificar se é legítima a alienação (responsabilidade em caso de presunção nula ou ineficaz, Relação do Rio de Janeiro, 6 de março de 1883; sem razão, na espécie, por ser ineficaz a procuração, o Supremo Tribunal de Justiça, a 12 de dezembro de 1883, *O D.,* 33, 180-194). Assim, se foi inscrita ou anotada a cláusula de inalienabilidade ou de regime dotal, o subscritor não é responsável. Todavia, a certidão de casamento em que se fala do regime, pelo menos para se dizer que se fêz sob o regime conjugal de bens comuns, é indispensável, razão por que, ao contrário do que afirmou J. X. CARVALHO DE MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial,* II, Parte II, 80 ..*),* foi injusto o Supremo Tribunal de Justiça. Também injusto o acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 18 de novembro de 1903 *(O D.,* 97, 352-892; certo, o voto do Ministro PIa E ALMEIDA), como o acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 25 de outubro de 1916 *(D. O.,* de 15 de maio de 1917, 5.143), que reformou o acórdão justo de 27 de novembro de 1915 (R. *de 1).,* 41, 542 a.).

CAPITULO II

EFICÁCIA DOS TITULOS NOMINATIVOS

§ 3.791. Eficácia em relação ao nominado

1.NOMINAÇÃO PELO SUBSCRITOR OU POSTERIORMENTE.

O título nominativo pode conter, ao ser feito, o nome de alguém, ou não no conter, se a natureza do titulo o permite. Sempre que o sistema jurídico admite; na espécie, que se encha o título nominativo, durante o tempo em que não está cheio é título incompleto, pôsto que nominativo. Se o título é nominativo, mas a lei não o veda sem a inserção do nome do favorecido ao tempo da criação, tem-se de inserir o nome para poderem ser exercidos os direitos oriundos do título. A inserção pode ser pelo subscritor, ou por outrem, inclusive o possuidor, salvo se lei especial exige que se apresente o título para que

se opere a inserção pelo subscritor.

Depois de alguma ou de algumas transferências, o nome de quem consta do título não mais é o nome do possuidor, exceto se a lei exigiu a anotação no titulo ou a substituição.

2.RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O POSSUIDOR QUE CONSTA DO TITULO OU DO ASSENTO OU

TERMO E O SUBSCRITOR. A transferência é do titulo, desde que se satisfizerem as exigências da lei. Se houve acUdo de transmissão como pressuposto necessário para a transmissão, tal acUdo é, mesmo que o não diga, acOrdo de transmissão de propriedade e da posse. Não importa que tenha havido a entrega corporal, porque o sistema jurídico brasileiro, a propósito de posse, abstrai do *cai-pus.* O acOrdo de transmissão *da posse* supõe-se implícito, uma vez que o adquirente da propriedade figurou no ato.

Se a lei não exige a bilateralidade, o negócio jurídico unilateral só se torna eficaz *com a posse.* Isso de modo nenhum o bilateraliza. Trata-se apenas de pressuposto da eficácia. Um dos efeitos é a transmissão; outro, a relação jurídica entre o subscritor e o adquirente. Não houve cessão de crédito; houve transferência de titulo-valor, embora nominativo. A inscrição no livro do subscritor, ou alhures, ou outra formalidade, é elemento a que se há de juntar a posse, à semelhança do que se passa com os títulos endossáveis.

O que mais importa é separar-se o que levou o alienante a pedir a transferência e o ato juridico unilateral de transferência, que é ato de substituição de nome, menos do que ato de substituição o de cláusula, como se dá nas conversas .

Ato jurídico unilateral, o ato de transferência, que é ato de substituição de nome, está sujeito às regras jurídicas sobre *existência, validade* e *eficácia.* Parte IX. Titulos endossáveis

§ 3.792. Eficácia em relação aos sucessores

1. TITULARES POR sucessão. Os títulos nominativos de regra se transferem pela subscrição de novos títulos em que se insira o nome do sucessor. A sucessão a causa de morte opera.se de direito, mas dependente da formalidade que o plano, programa ou lei estabeleceu

para a transferência. Também pode dar-se a conversão do titulo nominativo não-endossável em titulo nominativo endossável, ou em titulo ao portador. Ali, sucessor é o endossatário que adquire a posse e, pais, a propriedade. Aqui, quem adquire a posse e, pois, a propriedade 2.RELAÇÕES ENTRE NOMINADOS SUCESSIVOS. Quem obteve outro exemplar que substituiu o anterior, entregue ou amortizado, pode ser demandado pelo nominado anterior por Invalidade da transferência.

CAPITULO 1

CONCEITO E NATUREZA DOS TITULOS ENDOSSÂVEIS

§ 3.793. Conceito de títulos endossáveis

1.ENDOSSÂBILIDADE E ENDOSSO. A endossabilidade refere-se ao título, mesmo se ainda não está em mãos do tomador. O endosso já alude à propriedade e à posse do toma-dor, ou de alguém que já houve o título por endosso.

Os títulos à ordem que são os títulos nominativos endossáveis são títulos-valor. supõem o subscritor (ou o subscritor e o emissor) e o tomador, que é a primeira pessoa a que se atribui o direito de crédito. Ésse direito de crédito somente nasce com a entrega do título, mesmo se alguém, e não o subscritor ou emissor, o entregou ao tomador, estando esse de boa fé em relação ao subscritor ou emissor.

Com o endosso, que era declaração de vontade *in dorso,* no dorso ou verso do titulo, o tomador pode transferir o crédito sem o instituto da cessão de crédito, e o mesmo ocorre com qualquer dos endossatários. Também a respeito dos títulos endossáveis, o adquirente posterior do título-valor não está sujeito às objeções e exceções oponíveis ao titular do crédito anterior a ele.

O art. 1.511 do Código Civil, que proibe a criação de títulos ao portador em que o subscritor se obrigue a prestar quantia certa em dinheiro, se lei federal não lho permite. de modo nenhum se entende com os títulos à ordem.

Qualquer pessoa pode subscrever e fazer circular título à ordem, quer a prestação seja em mercadoria quer em dinheiro, quer o titulo seja comercial quer civil (cf. Tribunal de Justiça de são Paulo, 14 e 24 de

março de 1909, *São Paulo* 1., 10, 276 e 294; de 20 de janeiro de 1910 e 21 de janeiro de 1911, 25, 45 s.>. O Código suíço das Obrigações, art. 843, é explícito.

Todavia, o título endossável cuja prestação seja em Dinheiro pode dar ensejo à fraude à lei, se o endosso pode ser em branco. Aqui, cumpre que se afastem questões laterais que. com as soluções dadas, precisem os problemas.

Se a lei especial permitiu ao título endossável, cuja prestação é em dinheiro, o endosso em branco, a lei mesma pre-elimina a alegabilidade da *fraus legis.*

Se a lei só fêz endossável o título ao portador, sem alusão ao endosso em branco, a circulação ininterrupta do título endossado em branco pode determinar a alegação da fraude à lei, se as circunstâncias concorrem para isso, uma das quais e a fixação da data do vencimento para muito tempo depois da subscrição.

Nunca infringe a lei, por meio de *fraus legis,* o título cambiário à ordem, endossado em branco, porque foi a própria lei que o permitiu, com o fito de lhe aumentar a circulabilidade. Diga-se o mesmo quanto aos títulos cambiariformes, se permitido o endosso em branco.

Há título endossáveis que não precisam de explícita cláusula à ordem, porque a lei mesma os fêz tais. Há títulos que somente são endossáveis, segundo o sistema jurídico, se foi inserta a cláusula à ordem, ou se, pelo menos, o plano ou o programa foi concebido em termos tais que Se há de considerar implícita a endossabilidade. Se não há regra jurídica que faça, de si mesmo, endossável o título, nem plano ou programa, muda de figura.

É preciso, aí, que conste a cláusula à ordem. Se não há, ou o titulo é ao portador, ou é nominativo não endossável. Nominativo, a endossabilidade independe da cláusula à ordem se há regra jurídica que o diga. -

Quanto a alguns títulos à ordem, a lei limita a legitimação a criá-los, como acontece com os conhecimentos de depósito e os *warrants,* que somente podem ser emitidos por armazéns gerais (Lei n. 1.102, de 21 de novembro de 1903, art. l.~>, e os *conhecimentos de carga,* ou *de frete,* só admitidos ao capitão e ao representante do armador, ou por empresa de transporte (Código Comercial, arts. 575, 577 e 587; Decreto n. 19.473, de 10 de dezembro de 1930, art. ~ 3a alínea).

2.APRESENTAÇÃO DOS TÍTULOS ENDOSSADOS. Quando o endossatário apresenta o título e nasce a pretensão contra o subscritor, o que o endossatário espera, uma vez que esteja de boa fé, é o *recebimento* do prometido. O que ele adquiriu consta do título à ordem. Algo se passa como a respeito dos títulos ao portador, porque, se é certo que o seu nome consta do título, a *divida* nasceu-lhe da posse *mais* o endosso.

Da posse de boa fé perante o subscritor, tendo havido

O endosso em preto a favor de quem possui, em tal situação de *alter* digno, o título endossado, nasce o *direito de apresentação.* Com a apresentação, e somente com ela, exsurge entre o subscritor e o endossatário a *relação jurídica de obrigação,* como, no momento da posse de boa fé perante o subscritor, se irradiara a *relação jurídica de divida.*

Se o endosso foi em branco, o único elemento que se elimina é a *nominação do endossatário,* de modo que continuam elementos necessários o *endosso,* negócio jurídico unilateral, e a exigência da posse de boa fé em relação ao subscritor. Apenas não se tem de verificar se o portador foi o primeiro depois do endosso, pois o título, com o endosso em branco, ganhou circulabilidade que é a dos títulos ao portador.

À apresentação não se tem de inquirir de mais do que da existência, validade e eficácia do *endosso* e da *posse* de quem apresenta. Aliás, é possível que se trate de simples *tenedor* do titulo.

§ &794. Natureza dos títulos endossáveis

1. TÍTULOS-VALOR. Os títulos nominativos, os títulos endossáveis e os títulos ao portador são títulos-valor, pois que, em todos eles, embora com diferença de grau, se incorpora na cártula o direito de crédito. Não são apenas *documentos,* como o instrumento público ou particular do negócio jurídico de mútuo, ou de assunção de dívida ou outro qualquer. Ésse é um ponto em que fracassam os escritores preocupados com a bilateralidade do negócio jurídico dos títulos endossáveis. Tal bilateralídade não existe, porque, tratando-se de títulos-valor, o negócio jurídico se perfaz com a subscrição. Não importa se ao portador, se endossável, ou se nominativo não endossável o título. Quem faz título e o assina, perfaz o negócio jurídico unilateral. O fato de se ter de inserir o nome da pessoa a favor de quem se subscreve o título endossável de modo nenhum

bilateraliza o negócio jurídico. Somente quando se á profunda a investigação científica dos títulos-valor é que se presta a devida atenção ao que há de comum entre os títulos ao portador e os títulos nominativos, endossáveis ou não.

O direito de crédito, nos títulos-valor, *depende* da cártula, e de certo modo a cártula *depende* dele. O que os distingue é, precisamente, a diferença de grau dessa dependência. A incorporação sugeriu que se desse a esses instrumentos, a esses materiais absorventes, o nome de títulos-valor. Não importa o exame titulo de crédito, ou titulo de garantia real, ou de domínio, ou titulo de acionista de empresa.

O sistema jurídico ocupa-se de todos, mas, ao lado de princípios comuns, como a exigência da *apresentação* do título, há regras jurídicas especiais a duas classes e a cada uma das classes.

Em todos, o momento de criação é assaz importante, quaisquer que sejam os títulos-valor. Nesse momento, fica perfeito o título endossável, como ficaria perfeito o título ao portador ou o título nominativo não-endossável.

Aliás, todos os títulos-valor têm os *três momentos:*

o momento da criação, em que se conclui o negócio jurídico unilateral; o momento da posse de boa fé perante o subscritor, em que nasce a relação jurídica de dívida; e o momento da apresentação, em que se irradia a relação jurídica de obrigação.

2.FORMA DO TITULO ENDOSSÂVEL. De regra, os títulos à ordem hão de conter a data, a assinatura do promitente e o nome do tomador. Não importa, mesmo se não se trata de letra de câmbio, se o endosso há de ser em preto ou em branco. *proibição legal* de endosso em branco.

Não são contra direito os títulos endossáveis em que não haja a data, se, por exemplo, -se trata de entrada para festa de clube, em que legitimado é o sócio ou a pessoa cujo nome ele insira. Nem os títulos endossáveis se não foram assinados pelo criador deles: o plano ou programa, ou a *ler specíalis.* supre a falta da menção material.

Nem os títulos endossáveis nos quais, em vez do nome do tomador, esteja o seu número no clube, ou no teatro, ou em outro lugar de freqüência controlada. O que é preciso é que haja possibilidade do endosso, como se do título endossável consta o número de sócio e há

lugar para se lançar o número de outro sócio (título endossúvel somente a outra pessoa de determinado círculo a que também corresponda número).

Também se pode imaginar o simples sinal de endosso em branco, sinal em segrêdo ou não, pelo qual a pessoa nominada dê ao título endossável mais fácil circulação.

Os títulos endossáveis podem ser subscritos pelos órgãos da pessoa jurídica, que, segundo os estatutos ou o contrato social, tenham poder de apresentação, e por algum ou alguns representantes.

Depende da lei e dos estatutos ou do contrato social como os órgãos hão de assinar. Da lei, dos estatutos ou do contrato social e do instrumento de outorga de poderes , como há de proceder o representante ou procurador.

Quem subscreve, quer como órgão quer como representante ou procurador, sem ter poderes, responde, ante o endossatário ou avalista dei boa fé, pessoalmente. Não importa se falsificou a assinatura de outrem, ou se assinou com o seu nome, abreviado ou não, sem ter poderes para isso.

3.MODO ORDINÁRIO DE ALIENAÇÃO. O modo ordinário de alienação dos títulos endossáveis é o endosso, mas o endosso é *negócio jurídico unilateral,* cuja eficácia depende da posse pelo endossatário.

O endosso, negócio jurídico unilateral, mesmo se em preto , é elemento indispensável A transferência da posse própria do título endossável. Não transfere a propriedade e a posse, convém frisar-se. O endosso, em preto ou em branco, apenas é elemento indispensável a que a transferência da posse própria se dê. Ou, melhor: a que a posse própria pelo endossatário se inicie. Porque a posse própria pelo endossatário, mesmo no caso de endosso em preto , é iniciável sem a tradição pelo subscritor ou pelo endossante, como se vai parar às mios do endossatário o título endossado por ter algum terceiro apanhado o titulo e tê-lo entregue ao endossatário.

Muito se dareis a doutrina dos títulos endossáveis se se atende, de começo , a que o endosso não transfere. O

endosso apenas é elemento para a transferência. A transferência da posse própria pode ser por endossatário posterior que haja endossado *(e. g.,* o endossatário apossou-se do título endossado, contra ou sem a vontade do subscritor, ou do endossante, e endossou a outrem, de boa fé, a quem deu a posse).

4.OUTROS MODOS DE ALIENAÇÃO DO TITULO. Além da alienação do título pelo endosso, ou do crédito, pela cessão, o que não oferece segurança, devido à possibilidade de o possuidor endossar o título a outrem, há: *a)* a transmissão da propriedade e da posse, ou somente da propriedade, ou somente da posse, ao sucessor a causa de morte, por ter morrido quem era o dono (saisina, Código Civil, ad. 1.572); lO a alienação em hasta pública, praça ou leilão; *c)* a alienação por adjudicação a. sócio (Tribunal de Justiça, 6 de julho de 1882, e Relação do Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 1887), ou a legatário, ou ~m virtude de outra divisão de patrimonio.

Se o tomador do titulo endossável, ou o endossatário falece, a propriedade e a posse transferem-se, pela saisina, aos herdeiros (Código Civil, ad. 1.572). Mas há a administração da herança pelo inventariante. O herdeiro, que não é inventariante, não pode endossar o titulo endossável, .de que é o único dono ou de que tem parte indivisa, de jeito que falta o poder de endossar, como faltaria o de ceder crédito da herança.

No titulo endossável, o falecimento do subscritor ou do endossante quebra, na aparência, a ordem dos endossos.

Alguém, que não figura como endossatário, passou a ter poder para endossar.

Também na venda em hasta pública, praça ou leilão, particularmente nas bOlsas, haveria a quebra aparente dos endossos sempre que não fosse exigido o endOsso ao outorgante, ou outorga de endosso-procuração , ou de endOsso-autorização para a operação. O endOsso tem de existir.

5. DO CRÉDITO INCORPORADO NO TITULO ENDOSSAVEL. A cessão do crédito é possível, conforme as regras jurídicas dos arts. 1.065-1.077. Aliás, a cessão de outros direitos incorporados em títulos endossáveis (ad. 1.078). Na espécie, não há a posse do título como elemento necessário para a eficácia contra o cedente; nem o cessionário está incólume às objeções do devedor contra o cedente (WOLPOANC HEnnMEHL, *Schlegelberger Mandeis gesetzbuch,* III, 1502).

Se o titulo é nominativo endossável, por lei, ou em virtude de cláusula, e o possuidor, tomador ou endossatário, em vez de o endossar, cede o crédito oriundo do titulo, tal cessão de crédito vale e, quanto ao devedor, se faz eficaz desde o momento em que ocorre a notificação de que fala o ad. 1.069 do Código Civil. Todavia, uma vez

que, *ex hypothesi,* o tomador ou endossatário, que lançou ou não lançou endOsso a favor do cessionário, cedeu o crédito, pode dar-se: a). que o tomador ou endossatário *depois* endosse a favor do cessionário o título, o que significa transferência do crédito tornada inútil e sem objeto, porque o crédito vai nascer, com a posse pelo endossatário (que fOra cessionário), estabelecendo-se a relação jurídica de dívida entre o subscritor e o endossatário, sendo que, à apresentação, ou anterior a isso, o subscritor fica sabendo que se tornara *ineficaz* a notificação que se lhe fizera; 5) que *antes* da cessão do crédito houvesse o tomador ou endossatário endossado o titulo ao cessionário, e tal cessão de crédito nada significa, pois, se houve posse, o crédito já era do pretendido cessionário, ou, se posse não houve, somente dela dependia o nascimento da relação jurídica entre o subscritor e o endossatário (-cessionário) ; *c)* que *depois* da cessão do crédito houvesse o tomador ou endossatário endossado o titulo a favor de outrem, espécie em que a apresentação do título endossado significa que a notificação feita ao subscritor fora *revogada; d)* que *antes* da cessão do crédito já estivesse endossado a outrem o titulo, espécie em que o cedente, se dera posse, *cedeu* o que não era seu, e, se ainda não dera, poderia *riscar* o endosso e fazer outro, ou ir receber o quanto, ao tempo do vencimento.

Em tudo isso, o que se há de pOr em evidência é a importância da posse. Dela depende o nascimento do direito a favor do possuidor e, à apresentação, a pretensão . Volveremos ao assunto ao tratarmos da letra de câmbio.

§ 3.79~. Espécies de títulos endossáveis

1.TÍTULOS NECESSARIAMENTE E TÍTULOS NÀO~NECESSÀRIAMENTE ENDOSSÁVEIS. a) Há títulos que a lei mesma concebe como títulos à ordem. Dentre esses, há os que *somente* podem ser à ordem.

b)Há títulos que podem ser nominativos endossáveis ou não endossáveis , ou ao portador.

c)Há, ainda, os que são à ordem, se foi inserta a cláusula à ordem, e os que o são mesmo se tal cláusula não foi inserta.

2.~ EXEMPLIFICAÇÃO . A letra de câmbio e a nota promissória são endossáveis, embora delas não conste a clausula à ordem. Bem assim, a L *etra de mercadoria* e o *bilhete de mercadoria,* títulos cambiariformes

<Decreto *ii.* 165-A, de 17 de janeiro de 1890, art. 49; Decreto *ii* 870, de 2 de maio de 1890, art. 879), são títulos endossáveis, mesmo se não se inseriu a cláusula à ordem. A letra de mercadoria corresponde à letra de câmbio.

O bilhete de mercadoria, à nota promissória . Os *conhecimentoS de frete ou de carga* são endossáveis mesmo se não foi posta a cláusula à ordem (Lei n. 2.591, de 7 de agOsto de 1912, art. 8h. Na interpretação do art. 587, 2.‟

alínea, do Código Comercial, entendeu o Supremo Tribunal Federal, a 16 de novembro de 1918 (1?. do S. *T.* E‟., 16, 120) que a Lei n. 2.044, de 81 de dezembro de 1908, art. 1.0, IV, nada alterara ao art. 587, mas tal opinião tem, hoje, de~ ser posta de lado, pois há o elemento interpretativo do Decreto n. 19.473, de 10 de dezembro de 1930, art. 8.~, alínea 1.‟.

A letra de câmbio pode ser à ordem ou ao portador.

3.SAQUE NOS TÍTULOS ENDOSSÁVEIS . Os títulos endossáveis podem ser com saque, ou sem saque. O

saque é um giro. O sacador faz girar a promessa unilateral. O sacado, a que se dirige o giro, ou aceita o giro, e então faz sua a promessa unilateral, ou recusa o aceite, repele o giro. Quem, de regra, leva o título endossável em que há saque à pessoa sacada é o tomador.

Não há saque somente por meio de letra de câmbio. Alguns títulos não o admitem, por sua natureza, como a nota promissória e o cheque.

a despeito da ida do saque ate o sacado, e declaração unilateral de vontade, de que surge negócio jurídico unilateral. O sacador prometeu o aceite pelo sacador, por isso mesmo se vinculou. Se o sacado não aceita, incorre ele em responsabilidade. Se tem de haver o *protesto* para que se não extinga a sua responsabilidade, depende da natureza do titulo e da *lex special.s.*

O cheque, a certos respeitos, é saque; porém não é saque que se possa definir como promessa do subscritor de que o sacado prometa. O giro é *real.* O que o cheque faz girar não é a promessa, é o dinheiro que está no banco ou outro estabelecimento que possa fazer depósitos *retiráveis* por cheques. O cheque ao portador é legitimante de quem o apresente. Diz-se que o banco ou estabelecimento contra o qual se subscrevem cheques *paga* o cheque. Aí, a expressão pagamento está no lugar de *restituir.* O depósito bancário de certo modo deturpou dois institutos, o da *restituição* de bem depositado e do cumprimento de

obrigação *(pagamentO)*. O *traspasso bancário* de que se tratou no Tomo XXXI, §§ 3.567, 1, 13, e 3.592, é o negócio jurídico unilateral, como o cheque, sem haver *titulo-valor*.

É pressuposto necessário a *indicação do sacado,* com, todos os dados que o identifiquem. Não é indispensável que se insira o nome por inteiro.. Pode ser o próprio sacador. Uma das vantajosas ocasiões da sacabilidade contra o sacador e a facilitação dos saques a favor de filiais e de sucursais, ou de empresas em intima colaboração com a empresa sacadora, ou „contra filiais e sucursais.

A assinatura (firma) do sacador é outro pressuposto necessário. Também aqui basta a identificabilidade. Quem lança assinatura de outrem, ou nome de quem não existe, ou razão social que não lhe corresponda ou exista, *vinicula -se,* e apenas se tem de alegar e provar quem foi que escreveu a assinatura alheia ou inexistente.

A indicação de tempo e lugar há de ser feita, porém os erros de data e de lugar não determinam nulidade do titulo endossável. (A exatidão pode ter relevância se *lez specialis* limita o tempo de circulabilidade, como acontece com o cheque.)

4. TITULO ENDOSSÁVEL E ACEITE. O título endossável pode ser título em que saca. À pessoa que subscreve o título endossável com *saque* chama-se *sacador;* àquela contra a qual se saca, *sacado.* Se o sacado declara a sua vontade de vincular-se, aceita. É o *aceite* do título-valor, que de modo nenhum se há de confundir com a *aceitação,* que é manifestação de vontade com que se conclui o negócio jurídico bilateral, cujo elemento anterior foi a *oferta.*

Com o aceite, o sacado faz-se promitente do que consta do título endossável, ou de parte do que desse consta.

§ 3.796. Duplicatas e cópias

1. DUPLICATAS DE TÍTULOS ENDOSSÁVEIS. (a) Em princípio, permitem-se as duplicatas e cópias dos títulos endossáveis, em que haja *saque.* Com as duplicatas, incorpora-se, com a mesma autenticidade, a promessa contida no titulo endossável. São exemplares com a assinatura do sacador, criador do título endossável, com a assinatura do endossante, ou as assinaturas dos endossantes, com o número de cada exemplar, para que se pré-elimine a aparência de títulos incorporantes de promessas independentes *(e. g.,* 1~a, 2.“,

3~8 duplicata).

(b) O subscritor sacador, ao criar o título endossável, ainda não sabe se terá de fazer outro exemplar, ou outros exemplares. Dai poder inserir a cláusula “primeira via”, no titulo criado. Se insere “esta e única via”, fechou qualquer oportunidade para duplicatas. (Não se confunda a duplicata com o *outro* título endossável, que serviu para troca do título destruído em parte, ou em parte inutilizado, ou para recartulação em caso de amortização, por destruição, perda ou furto.)“

Se o título endossável, com saque, não contém a indicação as vias, somente com a entrega da cártula para que se insira a declaração é possível criar-se outra via, ou outras vias.

(c) Se houve criação de duas ou mais vias, o que se de entender é que o subscritor sacador somente tem o dever de pagar uma vez, salvo se foi escrito que somente pagaria à entrega de todos.

O sacado, que aceita em mais de uma via, fica ligado a todos os títulos endossáveis em que pôs a aceite, como títulos de dívidas distintas. A primeira via remetida para o aceite não recebe endossos, nem avales. É

recomendáVel porem-se riscos em cruz em todo o dorso.

As duplicatas evitam as conseqüências do extravio da primeira via. Por outro lado, é possível que algumas pessoas que têm de pôr aval se achem longe do lugar em que é domiciliado ou reside o sacador ou o sacado, ou algum endossante, a que tenha de referir-se o aval. Os próprios endossantes podem achar-se ausentes, ou ser domiciliados ou estarem a residir longe do lugar em que se acha o sacador, o sacado, ou outro endossante ou outros endossantes. A criação de duplicatas facilita, evidentemente, a circulabilidade do título endossável.

(d) Ou a) o criador do título endossável simultânea-mente entrega ao tomador todos os exemplares do titulo endossável (o original mais as duplicatas), ou 1.0 mais tarde, a pedido do tomador ou de algum endossatário. A prática aconselhável, na espécie ti), o endossatário tem de dirigir-se a cada endossante anterior, até chegar ao subscritor. O subscritor sacador reproduz em cada exemplar a sua assinatura, lançada na primeira via, com todos os dados que dela constam, devendo entregar & duplicata ao tomador; esse a entrega ao primeiro endossatário (segundo endossante), e assim por diante, até que se chegue àquele endossatário que pediu a duplicata ou as duplicatas. Todos os endossantes reproduzem o que apuseram no original.

(e) O portador de um exemplar do titulo endossável somente pode apresentá-lo às pessoas que constem do exemplar que possui. Assim, o possuidor ou o tenedor de segunda via, ou de terceira via, ou de outra, somente pode ir contra o sacado se esse após o aceite na via que ele possui. Por isso mesmo, de toda a conveniência que se faça constar de cada exemplar qual o exemplar (de regra, o primeiro) em que lançou o aceite.

(f) Se o sacado escreve o aceite em mais de uma via, fica vinculado a cada exemplar título endossável, como se fossem títulos diferentes. Só tem de lançá-lo numa via, que sói ser a primeira.

(g) Todos os exemplares de um título endossável pertencem ao possuidor de boa fé perante o subscritor. É

importante frisar-se isso, porque tal *direito real* de modo nenhum pode ter óbices causados por alguma relação jurídica de comissão, mandato, ou fidúcia. O sacado tem de devolver a via que recebeu à pessoa que Iba remeteu para aceite, salvo se, no intervalo, se lhe apresenta outro possuidor de exemplar em que figura endosso lançado pelo remetente. A via que antes chegara fora só para o aceite.

(h) Se o sacado apõe o aceite num dos exemplares, ao tomador ou endossatário possuidor desse é que há de fazer o pagamento.

Se assinou o aceite em dois ou mais exemplares, cada possuidor legítimo pode exigir-lhe o pagamento, salvo se o apresentante lhe leva todos os exemplares em que ele lançou aceite. Se há portadores de diferentes exemplares assinados, não estão eles obrigados à devolução. Se o sacado, por êrro ou inexperiência de negócios, após aceite em dois ou mais exemplares e pagou a um dos possuidores legítimos, sem que esse lhe entregasse todos os exemplares, pode propor ação para os reaver.

Se o sacado paga ao apresentante de algum exemplar sem aceite, pode propor a ação para reaver o outro em que após aceite. Se só após o aceite num exemplar, a dívida extinguiu-se com o pagamento a quem só apresentou exemplar sem aceite, salvo se um endossante endossou dois ou mais exemplares a distintas pessoas. Nesse caso, há multiplicidade de aceites e o aceitante somente se libera se obtém que se lhe entreguem todos os exemplares com aceite. Não tem, porém, pretensão a reobtê-los dos diferentes endossatários.

O sacado deve só apor o aceite na primeira via e recusar aceite à

segunda. Se apõe o aceite na segunda, ou em outra, apondo-o também, antes ou depois, na primeira, ou noutra, expõe-se o .sacado a pagar tantas vezes quantos são os exemplares com aceite.

Por isso, o endossatário possuidor de exemplar de título endossável em que não há aceite, tem de procurar entrar na posse do exemplar com aceite, para poder propor a ação de cobrança (condenatória, ou executiva, se cabe).

Tem ele direito a haver a primeira via ou a duplicata em que há o aceite, porque a promessa do sacado foi uma só. Se sabe onde se acha o exemplar, é simples. Se não sabe onde ele se acha, porque não consta do exemplar onde foi depositado, ou quem o tem, o caminho que tem o possuidor do título endossável em que foi aposto o aceite, é o de *protestar* por edital, alegando que não houve aceite na duplicata ou nas duplicatas que estão fora da sua posse e que tal duplicata ou tais duplicatas devem permanecer na mão de quem as tem, que responde corno depositário.

O procedimento para esse *protesto* é o dos arts. 732-734 do Código de Processo Civil, inclusive se o título é cambiário <Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, arts. 28-33).

2.CÓPIAS DE TITULOS ENDOSSÂVEIS. O tenedor e não só o possuidor do título endossável pode tirar as cópias que entender convenientes. Tais cópias, mesmo fotostáticas, de modo nenhum podem substituir os títulos endossáveis. Diga-se o mesmo das cópias *públicas-formas,* que são feitas pelos tabeliães. Se o tenedor ou possuidor faz alguma delas circular em vez do título endossúvel , comete crime de falsidade.

Surge, porém, o problema da utilização da cópia para *outras* declarações de vontade, o que a doutrina alemã e austríaca teve de aprofundar.

Se José faz ou ordena que alguém faça cópia de título endossável que foi subscrito por Manuel, ou que teve aceite aposto por João, e Manuel, na cópia, escreve “Até aqui é cópia, mas acrescento que pagarei um mês antes da data marcada”, Manuel fica vinculado à declaração unilateral de vontade.

Não se pode apor aceite em cópia, nem se pode cogitar de cópias em se tratando de títulos cambiários e cambiariformes. Aqui falamos delas porque, cogitando dos títulos endossáveis em geral, temos de supor que alguns títulos endossáveis as permitam.

A cópia pode servir para a *prova* de que alguém que nela aparece como tomador ou endossatário em verdade o é.

Outrossim, para instrução de ação cível para reaver o título endossável, ou para a instrução de ação criminal.

Tem grande relevo , por vezes, nas ações dos arte. 732-734 do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO II

ENDOSSO

§ 3.797. Precisões conceptuais

1.O QUE É O ENDOSSO. Se se classifica o ato jurídico de endosso, logo se lhe percebe a natureza. ~ É *acordo de transmissão?* Ao primeiro exame ocorre a afirmativa. Mas: a) pode o endosso ser em branco e de modo nenhum se poderia pensar em acordo; *b* > o próprio endosso em preto não é negócio jurídico bilateral, o que justificaria o nome de "acordo".

O que mais importa é que se atenda ao que verdadeiramente se passa: o endosso, em preto ou em branco, fica perfeito quando o endossante assina; a posse, mesmo em sendo o endosso, em preto se de boa fé perante o subscritor, faz nascer a dívida, e o endossante não pode vindicar a posse nem, a *fortiori,* a propriedade, se o título foi cair em mãos do endossatário, possuidor de boa fé. A unilateralidade do negócio jurídico é evidente.

O endosso é *negócio jurídico unilateral,* mesmo quando em preto. O que é bilateral é a tradição, com a entrega e a tomada da posse, se tradição houve; se não houve tradição e alguém furtou ou achou o título endossado em preto e o entregou ao endossatário, de boa fé em relação ao subscritor e ao endossante em preto, há as relações jurídicas entre o endossatário e o subscritor e entre o endossatário e o endossante em preto.

Seja em branco o endosso, seja em preto, tem-se de considerar a *criação* como integrante do negócio jurídico unilateral: o ato entra no mundo jurídico. A transferência da divida, essa, que é *efeito,* somente se dá no momento em que o endossatário toma posse de boa fé, quer se trate de endossatário em branco quer se trate de endossatário em preto.

A expressão "bilhete à ordem" ou "título à ordem" concorre para errôneo conceito do titulo endossável, porque, sem descerem ao fundo do instituto, alguns juristas o concebem como se fosse título que, nas mãos de alguém

<endossante), permite o recebimento por ordem desse, ou à sua ordem.

Portanto, a expressão "à ordem" tem o conteúdo que é compatível com a doutrina dos títulos endossáveis, e não o da linguagem vulgar.

Por outro lado, a *divestitividade* do endosso é sem necessidade de qualquer declaração de vontade do endossatário.

O endosso, após a assinatura, é negócio jurídico unilateral: *existe* no mundo jurídico.

O endosso, *que existe,* ou vale, ou não vale. O endosso que existe e vale, ou é eficaz, ou não no é. Regem os princípios gerais sobre existência, validade e eficácia.

2. PROPOSIÇÕES SOBRE O ENDOSSO . Em princípio, todo endosso supõe que alguém conste do titulo como endossante. O endosso é elemento de transferência de títulos nominativos, pelo menos nominativos até o momento do endosso. Se o endosso é a alguma pessoa, cujo nome se declara no título, a *nominatividade* não deixou de existir. O que ocorreu foi elemento especial de transmissão, isto é, elemento para transmissão que não foi o da *cessão de crédito.* Se o endosso, em vez de ser *endOsso em preto,* é *endOsso e‟m branco,* a transferência retira, pelo menos enquanto não sobrevém endosso em preto, a nominatividade e o título circula como título ao portador . Note-se, portanto, que o endosso é elemento de transferência, especial, de titulo nominativo, ou, se permitido, na espécie, o endosso em branco e se foi feito, elemento para transferir título temporàriamente ou potencialmente ao portador.

Com o endosso prescinde-se de qualquer manifestação de vontade do subscritor (ou do emissor, se é outra pessoa). Portanto, é inegável a

declaração unilateral do endossante, se o endosso é em branco. Se o endosso é em preto, o fato de ter de constar o nome do endossatário de modo nenhum bilateraliza o negócio jurídico do endosso. O endosso é perfeito no momento em que o subscreve o endossante. A eficácia é que depende da posse pela pessoa nomeada no endosso.

Sempre é preciso ter-se em vista que o negócio jurídico do endosso é negócio jurídico unilateral, fica perfeito com a assinatura no dorso, ou no lugar que fôr designado (nada obsta, *e. g.*, a que haja coluna com a indicação

"endossos").

Do que acima se disse é de concluir-se:

a) Que o endosso não transfere: o endosso é elemento de suporte fáctico, para que a transferência se opere.

b) Que o endosso, em vez de ser elemento para a transferência, pode apenas ensejar a tomada de posse pelo endossatário, que, estando de boa fé perante o subscritor, se faz titular do crédito, e, estando de boa fé em relação ao endossante, se faz titular da propriedade e da posse.

É de máxima importância frisar-se que o endosso por si só não transfere, nem faz proprietário ou possuidor o endossatário.

O endOsso, enquanto não há a posse de boa fé pelo endossatário, pode ser riscado, apagado, cancelado, que tudo isso é apenas *revogar* a declaração unilateral de vontade, que se tornou negócio jurídico unilateral. A revogabilidade somente desaparece quando o título deixa de estar na posse do endossante.

2. ENDOSSO E ABSTRAÇÃO . O endosso é negócio jurídico unilateral abstrato. Não se confunde com o negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, que pode não ter ocorrido *(e. g.,* quem endossou o título tinha intenção de, com ele, entrar em negócio jurídico e não ocorreu concluir-se tal negócio jurídico).

Tudo se trata como se o endossatário fora o tomador.

O próprio tomador apenas foi um dos figurantes da cadeia de possuidores. Não há *purificação* da posição do possuidor, endossatário, pelo fato da inoponibilidade das objeções e exceções.

O que é natural é que, nascendo os seus direitos, pretensões e ações, do fato da posse do título a ele endossado, a oposição não se pudesse dar.

A transferibilidade do título pelo endossatário não provém de ter-lhe sido transferido pelo endossante, mas sim do endOsso *mais* a posse de boa fé.

O fato de ser indicado no título endossável o nome do tomador de modo nenhum bilateraliza o negócio jurídico do título endossável. O título endossável fica *perfeito* no momento da subscrição, se todos os outros pressupostos necessários estão satisfeitos. A *posse* do título é indispensável à *eficácia ,* não à perfeição do negócio jurídico unilateral. Os direitos, pretensões, ações e exceções que adquire o endossatário nada sofrem com a regra jurídica *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habeat,* porque isso somente poderia aludir ao título, e não aos direitos, pretensões, ações e exceções que o endossatário-possuidor adquire.

§ 3.798. Espécies de endosso

1.ENDOSSO-CRÉDITO OU ENDOSSO DIREITO CONTRA O SUBSCRITOR. O endosso típico é o endosso-direito contra o subscritor, de que o endosso-crédito já significa espécie. Por .ele, nasce ao endossatário em preto, que tem consigo o titulo endossado, ou ao portador do titulo endossado em branco, o crédito, ou outro direito contra o subscritor.

O endossatário não está peado quanto à constituição de direitos reais ou pessoais sobre o crédito que ele adquiriu, como ocorre com o tomador do título endossável.

Assim, durante o tempo que medeia entre a .subscrição do título endossável e a apresentação para que se preste o prometido, cada endossatário-possuidor foi transmissor da *promessa,* porque a promessa está inserta no título endossável. Quem adquire o título, em que está a promessa, se faz titular do direito, *e. g.,* do crédito, contra o subscritor, sem que se haja de pensar em transferência do crédito pelo endossante, ou em transferências do crédito pelos endossantes. O crédito nasce a cada posse, se endosso houve, em preto, a favor do que se apodera do bem, ou, se em branco, a favor de cada portador (possuidor).

2.ENDOSSO-PROCURA E OUTRAS ESPÉCIES. O endOsso pode outorgar procuração ("valor para encaixe", "em procuração", "como representante", ou "ao mandatário"). Por ele, o endossatário apenas tem poder para exercer, em nome do outorgante, representado ou mandante, o direito de apresentação e a proteção que nasce e credor, endossante. Contra o endossatário o subscritor sOmente pode opor objeções e exceções que tenha contra o endossante. Trata-se, assim, ou de *endOsso--procuração aberto* ou *exposto,* ou de *endOsso-procuração fechado* ou *oculto,* que é aquele a que corresponde relação jurídica de procura, sem que o subscritor saiba que o endOsso é endOsso-procuração. Rigorosamente, não há endOsso- procuração oculto, pois oculto é o negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente entre o endossante e endossatário. Aqui, teria razão a *teoria da fidúcia* (Treubandtheorie), com QUASSOWSKI-ALBRECHT, J. STRANZ e JULIUS

VON GIERRE; fora daí, não. O endOsso-procuração sOmente é fiduciário se oculto (= não expresso no título), porque então o endossatário é legitimado como dono do titulo, exerce o direito de apresentação e a pretensão *próprio nomine* e se expõe a objeções e exceções do subscritor. Outra teoria é a *teoria da autorização* segundo a qual o endossatário age no próprio nome (EUGEN LOCHER, *Das Recht der Wertpapiere,* 106; EUGEN

ULMER, *Das Reeht der Wertpapiere,* 223). É escusado discutirmos as duas teorias. Há *quaestio facti.* Pode ser que tenha havido fidúcia, pode ser que tenha havido, apenas, *autorização* .

O endOsso-procuração não é o único endOsso. Há o endosso-penhor. O endOsso-autorização, o endOsso-fidúcia.

Se o endOsso-procuração foi lançado, ou se foi lançado outro endOsso que qualifique como posse não-própria a do endossatário, o subscritor tem de atender à literalidade do titulo, sem se preocupar com o que na realidade ocorreu entre endossante e endossatário. Se A doou a B o titulo, mas o endossou com referência à procura, ou outra função do endossatário, nada tem o subscritor com o negócio jurídico bilateral entre A e B. Para ele, o que importa é o que consta do título. Outrossim, se A endossou a B, mas apenas em confiança, por se reputar dono do título mesmo depois do endOsso. O subscritor nada tem com o negócio jurídico subjacente entre A e B.

3.ENDOSsO EM PRETO E ENDOSSO EM BRANCO. *EndOsso em preto* é aquele em que se menciona o nome da pessoa que *vai* adquirir, ou *pode* adquirir o título. Se o endossante risca o endOsso, não houve a

aquisição, isto é, a transferência da propriedade e da posse própria do título. *Endosso em branco* é aquele em que não se diz, de modo nenhum, quem *vai* ou *pode* adquirir. Espécie intercalar, anômala, é o *endosso incompleto,* endOsso a que falta algum elemento *(e. g.,* "A favor do empregado da fábrica... ", "A favor do funcionário O

possuidor do titulo endossado em branco pode, em direito, encher o endOsso <XX completá-lo). Deixa de ser em branco o endOsso, passa a ser em preto. Se o nome que insere é o seu, fica na qualidade de endossatário. Se o nome é de outrem, é como se o endossante houvesse endossado à terceira pessoa o título endossável.

O endosso incompleto tem a função de diminuir o círculo de pessoas dentro do qual se há de indicar o endossatário *(e.* g., "A favor do Chefe da . . . Seção da empresa, Sr. favor Inspetor de máquinas"). Nada obsta a que se conceba endosso incompleto com o prenome, ou o nome de família *(e.* q.. "A favor de J

. "A favor de

0ã0

. . . de Almeida").

Quaisquer instruções havidas entre o subscritor e o toma-dor, ou entre esse , endossante, ou qualquer endossante, e o possuidor do título endossável, no tocante a completá-lo, nenhuma relevância tem ao ter de ser apresentado ao subscritor o titulo completado.

Quem figura no título endossável como endossatário e tem a posse do título endossável, pode endossá-lo a si mesmo. Assim, insere-se na série dos endossantes. Nada obsta a que se endosse ao próprio tomador, ou que o subscritor, que se fez tomador, o endosse a si mesmo ou a outrem.

4.REQUISITOS ENDOSSO Se o endosso é em branco, de regra basta que *se* lance, no dorso ou verso do titulo endossável, a assinatura. Se é permitido o endosso fora do dorso, escreve-se "como endossante",

"Endosso a , "F., endossante". "Endossante, F.". Se o endosso é em preto, de ordinário se declara "A B., F.", ou

"Endosso a B., E.", ou "A favor de B., E/".

Os endossos podem exceder o espaço que a eles se destinam. Não se

há de sacrificar a circulabilidade a essa contingência material. Por isso é permitido, com alusão ao acréscimo feito no título endossável, prolongar-se o espaço, com outra cártula em que também se mencione a sua função de aumento.

5.ASSINATURAS FALSAS DE ENDOSSANTES. Fica o caso da assinatura falsa do endossante. Raramente ocorre serem também falsas as assinaturas anteriores (subscritor, ou sacador e sacado, avalistas). Às vezes, o título foi tirado ao verdadeiro dono, ou, perdido por esse, alguém o achou e aproveita a circunstância para repô-lo em circulação, por meio de endOsso falsificado.

O primeiro caso, que ainda não vimos na doutrina, apesar da aparente anormalidade, subsume-se nos casos gerais de endOsso falso. Crime houve contra o subscritor, contra o tomador e contra o adquirente de título, de que, até então, nenhuma relação jurídica de dívida se irradiara. Se o endossatário o guarda, para a apresentação no tempo marcado, verificará que foi vítima da falsidade, não só do endOsso, como da subscrição falsa do título (ou do saque e do aceite falsos). Se o põe em circulação, por nOvo endOsso, nasce a sua responsabilidade perante o nOvo adquirente. Se o endossou em branco, ou ao portador, quem lho apresentar terá pretensão à quantia prometida.

O segundo caso é o do endOsso falso, intercalado na circulação válida do titulo. Antes dele estão as assinaturas verdadeiras dos endossantes antecedentes, do sacado, se houve saque, e do subscritor e avalistas. É possível que, após ele, todos os endossos sejam verdadeiros. Só ele foi falso. TOda a questão está em se saber o que é que acontece aos posteriores adquirentes do título. Cinde-se a doutrina. „A falsidade advinda rompe a circulação do título, querem alguns autores, e tal ruptura prejudica os possuidores subsequentes. Ao que outros respondem: não é isso o que se dá; ao primeiro endOsso verdadeiro começa a vida normal do título.

Vejamos como uns e outros se justificam. Para os primeiros, houve pessoa desapossada, e com essa permanece, indelével, o direito. Não se compreende que possa perdê-lo pelo ato do falsário. Por isso, sOmente ela terá o direito de apresentação e de cobrança. Quem veio depois, em seguimento a endosso falso, nada pode pretender, porque não poderia receber de quem nada tinha para dar. Aos sucessores só lhes cabe o direito de irem uns contra os outros, dos mais novos aos mais antigos, até o sucessor imediato do falsário. No terreno dos títulos ao portador, seria grave confusão entre a declaração unilateral de vontade e o regime circulatório, regido por outros princípios. Na

matéria cambial, o art. 43 da Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, resolve, explicitamente, a questão. As assinaturas são independentes; autônomas e independentes, as vinculações. As considerações aduzidas pelos partidários da ruptura podem, de certo modo, impressionar. Contudo, a impressão deriva do prestígio dos princípios do direito comum, que exercem, sobre nós, a cômoda sedução das coisas costumeiras. Constituem o conteúdo usual dos nossos raciocínios, no vasto campo do direito privado. Mas é preciso não nos esquecermos de que, aqui, não são esses princípios os autorizados. Estamos em domínio à parte, que se deve inspirar de outro princípio; que é, precisamente, o *principio da inoponibilidade das objeções e exceções.*

(a) Finalmente: a firma falsa não gera a obrigação; todavia, autônoma e independente, como é cada uma das vinculações dos signatários do título negociável, porque são ao *unus ex publico,* só deixa de existir, ou, melhor, não chegou a existir a dívida que corresponderia à assinatura falsa. Assim, não acarretam a inexistência ou a nulidade dos negócios jurídicos unilaterais insertos, depois, no título: a falsidade da firma do subscritor, ou do sacador; a do sacado aceitante; as dos avalistas e dos endossantes.

(b) Se a assinatura do sacador foi falsificada após o aceite do título, o aceitante pode eximir-se do pagamento.

(c) A falsidade da firma do aceitante não impede a formação das vinculações antecedentes e subsequentes; nem, com a sua invocação, pode o portador deixar de protestar o título, se quiser exercer o direito de regresso. Ainda mais: a falsidade da assinatura do avalizado não libera o respectivo avalista. Cada um apenas pode alegar, e então fá-lo-á *erga omnes,* a falsidade da sua assinatura.

6. ENDOSSO DE VOLTA. O titulo endossável pode voltar *à* posse do subscritor, como endossatário, ou de qualquer pessoa, que tenha sido endossatário ou avalista. É o *Riickindosarnert.*

7.ENDOSSO A DUAS OU MAIS PESSOAS. O endOsso pode ser a favor de duas ou mais pessoas. Não se tornam elas credores solidários, mas sim credores conjuntos. Todas têm de exercer os seus direitos em comum.

8.CLÁUSULA DE LEGITIMAÇÃO DE OUTREM. O título endossável também é suscetível de ser-lhe inserta a cláusula “ou ao portador”, de

acOrdo com o art. 1.510 do Código Civil, sem que daí resulte infração do ad.

1.511.

9.ATITUDES DO ENDOSSATÁRIO SE EM BRANCO O ENDOSSO.

O possuidor do título endossado em branco pode ter cinco atitudes diferentes: a) pOr o seu nome, como endossatário, salvo se no endOsso foi dito que se fêz em branco, pois, então. não é como se o anterior possuidor o tivesse endossado incompletamente; *b)* encher ou completar o endOsso com o nome de outrem; e) endossar de nOvo em branco o título, o que o insere na série dos possuidores mencionados no título; *d)* endossar o titulo a outra pessoa; *e)* fazer a tradição a outrem, sem qualquer lançamento.

10. ENDOSSO TARDIO. O endOsso após o protesto ou o esgotamento do prazo para protesto é *imperfeito,* não tem os efeitos do endOsso, mas sim os da cessão de crédito.

§ 3.799. Penhor de titulas endossáveis

1.PENHOR E CAUÇÃO DE TÍTULOS DE CRÉDITO. O sistema jurídico brasileiro distingue o penhor de títulos ao portador e de títulos nominativos endossáveis e a caução de títulos nominativos (Código Civil, art.

789) e de créditos apenas documentados (art. 790). Cf. Decreto n. 24.778, de 14 de julho de 1934, e Decreto n.

4.857, de 9 de novembro de 1939. SObre os títulos endossáveis, Tomo XX, § 2.565; sobre os créditos não-titulados, §§ 2.585-2.590.

2.CONSTITUIÇÃO DO PENHOR. O proprietário do crédito endossável ou o possuidor legitimado ou a) entrega o título endossável, com o endOsso-penhor, o que dispensa qualquer cláusula no endOsso, pois o penhor é negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente, ou *b)* apenas lança o endosso-penhor, sem entregar o título. No primeiro caso, está perfeito o penhor; no segundo, está perfeito o negócio jurídico unilateral do endosso-penhor, não o negócio jurídico do penhor.

Cumpre observar-se que alguns títulos endossáveis já incorporaram penhor, razão por que não mais se pode empenhar o que fora empenhado. Não se diga, porém, que os títulos endossáveis incorporantes de penhor não sejam empenháveis. Por exemplo, o *warrant.* O *warrant* é empenhável (sem razão, J. *X.* CARVALHO DE

MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial,* V, Parte II, 111). Aliás, o art. 1.0 do Decreto n. 24.778, de 14 de julho de 1984, veio pôr claro o principio: "Podem ser objeto de penhor os créditos garantidos por hipoteca ou penhor os quais, para esse efeito, considerar-se-ão coisa móvel".

O art. 1.0 do Decreto n. 24.778 não precisaria ser redigido para se regular o penhor dos títulos incorporantes de penhor, porque em tais casos não há penhor de bem já penhorado, mas de titulo. O que se teve por fito foi tornar-se explícito que se permite empenhar o crédito que algum penhor garantira, ou que fora garantido por hipoteca. Não se cogitou de títulos incorporantes de direito de hipoteca ou de direito de penhor.

O *warrant,* título incorporante de penhor, é empenhável como qualquer título-valor.

CAPITULO 111

EFICÁCIA DO ENDOSSO

§ 3.800. Eficácia e suas espécies

1. PRINCIPIOS . (a) Com o endosso, vão ao endossatário todos os direitos oriundos do título, mais os que nasceriam do papel se não tivesse havido pessoa intercalar. Discute-se se tal aquisição é originária, ou derivada.

O endossante perfez o endOsso, de modo que só depende da tomada de posse a eficácia. Os direitos não derivam do endossante, mas do devedor (subscritor). Aí está a diferença maior em comparação com a cessão de créditos.

A relação jurídica é entre o subscritor e o endossatário. O endossante pode, em virtude de algum fato gerador de objeção (= de pré-exclusão da relação jurídica entre o subscritor e ele), não ter sido *credor*.

Noutros termos: o endOsso não é modo de transferência, mas elemento para a transferência da posse e da propriedade, ou sOmente da posse, ou elemento para que o endossatário (ou, se em branco o endOsso, o possuidor não nominado) adquira o crédito. A favor do endossatário, no endosso em preto, que tem a posse do título, de boa fé em relação ao subscritor, nasce o crédito. A favor do possuidor, de boa fé em relação ao subscritor, no caso de endOsso em branco, nasce o crédito, porque endOsso em branco é endOsso ao portador.

(b) Os direitos do endossatário não advêm do endossante, mas do papel, em que se lançou o endOsso, e é papel em que está inserta a promessa do subscritor. Os direitos do endossatário nasceram contra o subscritor sem ser por transmissão. O endOsso não é cessão abreviada; é declaração de vontade que *deiza* livre o campo para que o endossatário assuma o seu lugar na relação jurídica com o subscritor. As relações jurídicas entre os endossantes anteriores, inclusive o último, desapareceram. Os direitos acessórios nascem ao endossatário, pois são direitos ligados aos direitos oriundos do titulo.

(c) O endossatário pode, por sua vez, endossar. Não é permitido retirar-se-lhe tal poder, porque o titulo é título à ordem. A cláusula "não à ordem", posta pelo endossante, não entra no mundo jurídico: é

de tratar-se como não-escrita.

O direito brasileiro não a permite *(aliter,* o direito uniforme a respeito de títulos cambiários, Lei uniforme de Genebra, de 7 de junho de 1930, ad. 11, alínea 2.~), Levanta-se a questão de se saber se também é suscetível de *cessão de crédito* <Código Civil, arts, 1,065-1,077),

2.DIREITOS , PRETENS6ES, AÇÕES E ExCEÇÕES, Com o endosso, podem ir ao endossatário todos os direitos e preteus6os, oriundos do titulo endossado, Todavia, advIrta-se que a eficácia depende da tornada de posse pelo endossatário de boa fé, tornada de posse que de ordinário provém de tradição, simples, *brevi manu,* Ou *longa manu,* ou em conseqüência de constituto possessório , ou, até, de cessão da pretensão A entrega.

Repolimpa que o *acordo de transmissão* seja essencial, como é corrente *(e, p,,* WOLrGANG HEYERMEHL, *Sehlepelborger Uandolsgesetsbuck,* III, 1501), Usata uru exemplo para que rios convençamos. U tratoq com O

comprar-lhe determinada mercadoria, recebendo em pagamento nota promissória passada por A a 13, e D, conhecendo o negócio jurídico bilateral, tirou a 13 a nota promissória já endossada a O e foi receber a mercadoria, 13 não pode opor objeções ou exceções a O, que estava de boa fé. O negócio jurídico bilateral .

negócio jurídico subjacente foi entre U e O, porém não houve tradição, não houve acOrdo de transmissão (Einlgung iiber den Rechtstlbergang). Poder-se-ia trazer a exame outro exemplo. Não houve qualquer negócio jurídico entre B e C, mas D apanhou a nota promissória que 13 endossara a O para lhe comprar máquinas e, com ela, solve a sua dívida a propósito de outras mercadorias que D havia comprado a C.

O endosso é elemento para se transferir ao endossatário. ou, se em branco, a quem venha a ser possuidor, a propriedade do titulo. Não transferem os direitos, transfere-se a posse, de que depende o nascimento dos direitos. Daí a chamada autonomia dos direitos do endossatário.

§ 3.801. Títulos endossáveis e solidariedade

1.ENDOSSO E CIRCULAÇÃO. (a) O endosso é meio para se nominar cada passo da circulação. O titulo nominativo não endossável pára; o título nominativo endossável pode caminhar, uma vez que se marque,

com o nome de alguém, cada avanço. Tal necessidade de nomeação sOmente cessa se 6 permitido e se pratica o endosso em branco. A regra é não se produzir *solidariedade,*

2, RESPONSABILIDADE DO ENDOSSANTE DOS TíTULOS NÃO CAMBIÁRIOS NEM

CAMBIARIFORMES, Nenhuma lei veda, como acontece com os títulos ao portador (Código Civil, art. 1.M1), a subscrição de títulos à ordem que não sejam cambiários ou cambiariformes. Cumpre, porém, observar-se que não há, a propósito deles, a *solidariedade cambiária* ou *cambiariforme,* O endossante responde pelo *nomen vertem;* não, pelo *nomen bonum.* Todos os figurantes dos títulos cambiários e cambiariformes respondem pelo quanto prometido no titulo cambiário ou cambiariforme A ordem, Não acontece o mesmo em se tratando de titulo à ordem não cambiário nem cambiariforme. Não bá a responsabilidade solidária do endossante imediato o dos endossantes anteriores, nem a dos avalistas dos endossantes.

O que acima se disse de modo nenhum afasta que se possa assumir, no endOsso ou no aval, a responsabilidade solidária, em caso de inadimplemento pelo subscritor, Algumas precisões. Quem endossou o titulo responde pela *veracidade* da assinatura do endossante e pela veracidade da assinatura do subscritor. Não responde em caso de o subscritor não pagar, porque isso seria responder solidariamente . O crédito há de ser oriundo de *nomen vertem,* porque, não sendo *vertem* o *nomen,* dele não se irradiaria o crédito. O endOsso a quem se apresenta há de ser verdadeiro, porque só se legítima quem, na verdade, é endossatário e tem posse.

Se não há *ler epecialis,* como acontece a respeito dos títulos cambiários e cambiariformes, o endossante não responde pela solvabilidade do subscritor, nem, tão-pouco, pela solvabilidade dos endossantes posteriores.

3.RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA SE O TÍTULO É CAMBIÁRIO

011 CAMBIARIFORME. (a) Se o título à ordem é cambiário ou cambiariforme, há a *solidariedade* dos endossantes e dos avalistas dos endossantes.

No endosso não há cessão do crédito, nem, sequer, transferência especial. O que se transfere é a propriedade do título, com a posse, ou

só a posse. A responsabilidade do endossante é a de quem aliena bem móvel, mas, na espécie, da posse nasce relação jurídica, similar, em princípio, da que existia entre o endossante e o subscritor.

Se o título é cambiário, ou cambiariforme, muda de figura. Há a solidariedade cambiária ou cambiariforme.

Os títulos à ordem têm, como particularidade, a *nominação* do beneficiado. Se o título é cambiário ou cambiariforme, cresce de ponto a diferença, porque o sistema jurídico liga ao endosso o princípio da responsabilidade solidária dos endossantes e dos seus avalistas.

A incolumidade do endossatário às objeções e às exceções pessoais ao endossante caracteriza os títulos endossáveis.

Na série dos endossatários, a cada endossatário pode o endossante que lhe traduziu o título endossável opor objeções e exceções ditas pessoais. A regra jurídica *Dolo facit qui petit quod redditurus eM* pode ser invocada.

A vantagem da circulação à ordem, oriunda de lei ou de cláusula, consiste em que se *dispensa* qualquer manifestação de vontade do subscritor. Porém há outra, que é a de ser mais seguro o titular da dívida, uma vez que seu nome consta do dorso do título, ou de explícita referência no endosso posta noutro lugar, se o permite a lei.

No sistema jurídico brasileiro não há regramento geral da circulação à ordem ou dos títulos endossáveis. As referências ao endosso são esporádicas.

Podiam ser à ordem portanto, endossáveis os *conhecimentos marítimos* e os *fluviais* (Código Comercial, art.

587, alínea .a: “Sendo passado à ordem, e transferível e negociável por endosso”) e os 2

aeronáuticos (Decreto n.

483, de 8 de junho de 1988, art. 77, *e),* interpretado com o art. 587 do Código Comercial; cf. Tomo XXI, §§

2.606, 4, e 2.664, 1). Hoje, não precisam ser passados à ordem; são endossáveis, mesmo sem cláusula (Decreto n. 19.473, de 10 de dezembro de 1930, a respeito das três espécies, art. 1.0, alínea g,a “É título à ordem, salvo cláusula ao portador lançada no contexto”).

Também são suscetíveis de circulação à ordem as *letras de itco* (Código Comercial, art. 635).

§ 8.802. Exemplificações

1.LETRAS HIPOTECARIAS . As *letras hipotecárias* nominativas (Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, arts.

311 e 312) são transferíveis por endosso. Porém não há a *responsabilidade solidária,* que existiria, se o título fosse cambiário ou cambiariforme. Assim, há apenas a incidência dos arts. 1.072- -1.074 do Código Civil.

Endosso não é cessão, pois não se lhe exige ato do devedor, porém isso não justificaria que se lhe atribuisse a eficácia de solidarização de qualquer figurante, cambiarizando-se, assim, o instituto. A atitude de J. X.

CARVALHO DE MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial,* V, Parte II, 109), que entendia serem de invocar-se os princípios do direito cambiário, por analogia, tem-se de repelir.

2.TÍTULOS DE ECONOMIA RURAL. A *cédula rural pignoratícia ,* a *cédula rural hipotecária,* a *cédula rural pignoratícia e hipotecária* e a *nota de crédito rural* (Lei n. 3.253, de 27 de agôsto de 1957, art. 22) são títulos de crédito à ordem, havendo, nas três primeiras, direito real incorporado. 1-lá todas as tutelas de direito material que têm os títulos cambiários, inclusive a solidariedade, dispensado o que é *pIas* o protesto para se exercer a pretensão regressiva contra os endossantes e os avalistas.

A *nota de crédito rural* é nota promissória especial, ao passo que a *promissória rural* é como a *duplicata mercantil a prazo.* Ambas são cambiariformes (cf. Lei n. 3.253, arts. 28 e 17).

Sobre a cédula rural pignoraticia, a cédula rural hipotecária, a cédula rural pignoratícia e hipotecária e a nota de crédito real, Tomo XXI §§ 2.633-2.659, 2.591.

3.LETRAS DE RISCO. As *letras de risco* são cambiariformes. Podem ser à ordem. Lê-se no art. 635, alínea 1.~, do Código Comercial: “A escritura ou letra de risco exarada à ordem tem força de letra de

câmbio contra o tomador e garantes; e é transferível e exeqüível por via de endosso, com os mesmos direitos e as mesmas ações que as letras de câmbio". Quanto à responsabilidade, o art. 635, alínea □a, contém particularidade: "O

2

cessionário <?) toma o lugar do endossador, tanto a respeito do capital como do prêmio e dos riscos, mas a garantia da solvabilidade do tomador é restrita ao capital; salvo condição em contrário quanto ao prêmio". Se não há a cláusula à ordem, a transferência só se pode fazer por *cessão de crédito* (ad. 636).

4, CONHECIMENTOS DE DEPÓSITO E "WARRANT" (ARMAZÉNS GERAIS). Os títulos que se chamam *conhecimentos de depósito* e *"warrants"* (Lei n. 1.102, de 21 de novembro de 1903, art. 18) são à ordem, e rege-os o art. 25 da Lei n. 1.102:

"Se o portador do *warrant* não ficar integralmente pago, em virtude da insuficiência do roduto líquido da mercadoria ou da indenização do seguro, no caso de sinistro, tem ação para haver o saldo contra os endossadores anteriores solidária-mente, observando-se a êste respeito as mesmas disposições substanciais e processuais (de fundo e de forma) relativas às letras de câmbio".

O portador do *conhecimento de depósito* não tem ação regressiva contra os endossantes. Portanto, o conhecimento de depósito não é título cambiariforme. Só o é o *warrant.* A razão da lei está em que a responsabilidade solidária tornaria menos adquirível o conhecimento de depósito, sobre se tratar de título dado pelo depositário, que é o armazém geral (Lei n. 1.102, arts. 11, 21 e 35, inciso 4.0). Não se trata, portanto, de título cambiariforme.

5.CHEQUES. Quanto ao *cheque,* pode ele ser ao portador, ou nominativo, com ou sem cláusula à ordem (Lei n. 2.591, de 7 de agôsto de 1902, art. 3□O, 1.8. parte). O nominativo com a cláusula à ordem circula mediante endosso, que pode ser em preto ou em branco (art. 3~0, 3□& parte). É *titulo cambiariforme* (arts. 15 e 5.0).

§ 3.803. Acidentes na vida do título

1.ENDOSSO TARDIO. O endosso pode ser após o vencimento do título.

Se o título é cambiário ou cambiariforme, há a responsabilidade solidária dos figurantes anteriores, razão por que a lei cambiária (Lei n.

2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 8.0, § 2.0) concebeu com os sós efeitos da cessão cível o endosso posterior ao vencimento. A *ratio Tegis* era o afastamento dos efeitos especiais ao endosso cambiário. Estamos a falar do endosso não cambiário nem cambiariforme, endosso que não estabelece eficácia de solidariedade. É de repelir-se a analogia em que pensou J. X. CARVALHO DE MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial,* V, Parte II, 111).

2.CANCELAMENTO OU RISCADURA DO ENDOSSO. Endossos cancelados, isto é, riscados, apagados, ou por outro modo desaparecidos ou tornados inatendíveis, pôsto que legíveis, têm-se como não-escritus : juridicamente e, *não "istc"rn.* Quem o cancelou tinha em mãos, necessariamente, o título.

CAPITULO IV

APRESENTAÇÃO DO T!TULO ENDOSSÂVEL

§ 3.804. Precisões

1.PODER E DIREITO DE APRESENTAR E DIREITO DE CREDOR.

Quem tem a posse própria ou imprópria do título endossável é quem pode apresentá-lo e tem direito a isso.

Perante o subscritor, o tenedor tem poder de apresentar, porém, a despeito da sua legitimação diante do subscritor, a *pretensão* nasce a favor de quem é credor, ou da pessoa a quem o credor outorgou o direito a percepção. Com tudo isso, nada tem o subscritor. A posse ou a tença, se não há circunstâncias que elidam a legitimação do apresentante, legitima quem apresenta, constando do titulo como endossatário, ou após endOsso em branco.

O subscritor pode ignorar, portanto, quem seja o verdadeiro titular do crédito, como da pretensão, porque ele se libera se presta a quem lhe

apresenta o titulo, uma vez que a liberalidade do titulo o aponta como endossatário, ou portador após endOsso em branco.

O título endossável é título-valor, do qual nasce direito conforme o conteúdo do papel ou outro material, a favor de determinada pessoa. Se o endOsso é em branco , há lapso, que pode ser breve, ou longo, volvendo-se à determinação de. alguém, que por isso se torna o único legitimado a endossar, salvo cancelamento.

O endossatário passa, com o endOsso, a ser a pessoa que, com a posse, se faz credor (relação jurídica de divida entre o subscritor e ele). Ao mesmo tempo, tem consigo, por ser possuidor, a promessa do subscritor feita a quem, no momento, seja endossatário-possuidor.

2.APRESENTAÇÃO PELO ORGÃO , OU PELO REPRESENTANTE, OU PELO AUTORIZADO. Se o apresentante é órgão de pessoa jurídica, não há presença de terceira pessoa, porque o órgão apresenta, não representa a pessoa jurídica. A pessoa jurídica pode constituir representante, o que é outra coisa. Os órgãos apresentam-na, no ato jurídico de outorga de poderes de representar. Autorizados a apresentar também se legitimam à apresentação e recebimento. O subscritor, esse, somente tem de exigir que o apresentante possa, conforme o teor do título endossável, apresentar o titulo, isto é, esteja nominado como endossatário, ou seja em branco o único ou o último endosso que se lançou.

§ 3.805. Função do endosso em relação ao subscritor

1.RELAÇÕES JURÍDICAS NA SÉRIE DO TOMADOR E DOS ENDOSSATÁRIOS E RELAÇÕES

JURÍDICAS ENTRE POSSUIDOR E SUBSCRITOR. Têm-se de distinguir das relações jurídicas entre os possuIdores legítimos do titulo endossável as relações jurídicas entre cada possuidor e o subscritor. Aqui, só as últimas nos interessam todo o caso, as decisões judiciais, inclusive cautelares, podem ter de ser obedecidas pelo subscritor, embora proferidas a respeito daquelas relações jurídicas entre possuidores e tenedores do titulo endossável.

2.LEGITIMAÇÃO DO APRESENTANTE. O endossatário não adquiriu o direito de crédito com o endosso.

Endosso não transmite. Se o endosso foi em preto, o que ele significa é que, na situação em que se está, somente a posse pela pessoa nominada pode atribuir a propriedade e a posse a quem esteja com o título. Quem "compra" titulo endossável que foi endossado a determinada pessoa pode, quando muito, se há *valor à* parte do *valor* do título-valor, ter adquirido o papel, coisa móvel. Não adquiriu o titulo-valor. O endosso apenas é elemento para a aquisição da propriedade e da posse, pondo fora de legitimação o próprio tenedor que o apresenta, ou, na espécie de que acima falamos, o próprio adquirente do papel. O exemplo esclarece. Precisava D de exibir em juízo o título que A passara a B, que o endossou a C; O pagou a C o preço pedido, ou a que chegaram, dispensando o endosso ou mesmo obrigando-se a não exigi-lo (negócio jurídico subjacente). O entende que deve ir receber o quanto que A prometeu no título. Falta o endosso, e A recusa-se ao pagamento. Se o título fosse ao portador, A teria de prestar, a despeito do negócio jurídico subjacente entre C e D.

§ 3.806. Conseqüências da apresentação

1.NASCIMENTO DA RELAÇÃO JURíDICA DE OBRIGAÇÃO.

O subscritor já é devedor desde o momento em que se iniciou posse de boa fé perante ele. Ainda não é obrigado.

Há o *crédito,* ainda não há a *obrigação.*

Com a apresentação, mesmo se o apresentante não é o credor, nasce a obrigação, de modo que o subscritor *tem de pagar.* Quem apresenta o título, legitimando-se, *faz nascer a obrigação* e *cobra.* Os dois momentos, conceptualmente distintos e em seguimento, podem ser separados no tempo; *e. g.,* apresenta-se o título endossável, nascendo, portanto, a obrigação, mas anui-se em que só se pague à tarde, ou noutro dia.

O endosso exerce função de garantia, porém essa função não é a de garantia da solvabilidade do subscritor ou dos endossantes anteriores, o que sómente ocorre no tocante aos títulos cambiários e cambiariformes ou se lei especial o estabelece. Não há, portanto, a solidariedade. Há a responsabilidade pelo que o subscritor prometeu, no que concerne à verdade da promessa, à sua existência e a não ser nula.

2.COBRANÇA. O subscritor, uma vez que já está obrigado, tem de prestar o que prometeu e o apresentante, exigindo-o, o que se entende implícito no ato de apresentação, cobra a dívida. Ou o subscritor paga, ou recusa o pagamento. Alguns títulos endossáveis têm de ser *protestados* por falta de pagamento; outros, não.

Nasce a ação de cobrança, *ação de condenação,* se se trata de título de crédito, ou a *ação real,* se representativo de bem corpóreo o título endossável. Na jurisprudência alemã, o êrro sobre ser inválido (!) o endosso posterior à notificação da cessão foi corrigido. O endosso posterior retira a eficácia da notificação.

§ 3.807. Objeções e exceções

1. OBJEÇÕEs. O subscritor pode opor a inexistência e a invalidade, por nulidade do título, como se tratasse de título ao portador. As anulabilidades somente podem ser alegadas contra o apresentante se quem causou a coação, ou o êrro ou o dolo foi o titular do crédito, ou o apresentante. A incapacidade relat iva por idade não é oponível.

Quanto ao primeiro possuidor do título endossável, o tomador, de boa fé, pode o subscritor opor quaisquer objeções.

As objeções oponíveis são somente: *a)* as que atingem a existência ou afirmam ser nulo o titulo endossado, ou o endosso; *b)* as que resultem do conteúdo do próprio título endossável; *e)* as que assistam ao devedor contra o possuidor apresentante do titulo.

Na classe das objeções *b)* está a de ter precluído algum prazo. Não se confunda com a exceção de prescrição, que não é objeção.

O subscritor não pode opor ao endossatário apresentante que o título endossável entrou em circulação contra a sua vontade, ou sem a sua vontade. Salvo má fé perante o subscritor.

2. EXCEÇÕES. O subscritor somente pode opor ao endossatário apresentante, ou a quem lançou endosso-procuração , ou outro endosso semelhante, as exceções pessoais ao endossatário com posse própria. Ao tomador, todas as exceções são oponíveis, porque é o primeiro, porém não as que iriam contra endossatários.

Sempre que há negócio jurídico subjacente, simultâneo ou posterior entre subscritor e endossatário pode o subscritor trazê-lo a apreciação

judiciária, depois de recusar o adimplemento.

8.LEGITIMAÇÃO A RECEBER E TITULAR DO CRÉDITO. Nos títulos endossáveis, a legitimação a receber e a titularidade do crédito têm elemento comum que simplifica a atribuição de objeções e exceções. As objeções e exceções, que têm de ser pessoais, somente vão contra o possuidor legitimado, mas o endosso em preto identifica o possuidor e o apresentante. A exigência da boa fé perante o subscritor é que pode abrir brecha para a oponibilidade.

A cessão do crédito, sem endosso, de modo nenhum protege o apresentante (REINHARD FREIHERR VON

GODIN, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch,* ~ 2A ed., 4.38), mas é preciso atender-se ao que antes dissemos sobre a notificação ao subscritor, seguida de endosso a outrem, ou de comunicação de não haver endossado, mas ter sido desconstituída ou tornada ineficaz a cessão do crédito.

4.DESAPARECIMENTO DAS OBJEÇÕES E ExCEÇÕES. Alguns escritores (ainda, por exemplo, REINHARD FREIHERR vON GornN, *Kommentar zum Ilandelsgesetzbuch,* ~ 23 ed., 438) dizem que, indo o título endossável a mãos de endossatário possuidor de boa fé perante o subscritor, perde esse as objeções e exceções que tinha contra o endossatário anterior, possuIdor de má fé perante o subscritor. Não é isso o que ocorre. Com o endosso e a posse de boa fé perante o subscritor, nasce o crédito contra esse, como desaparece o crédito a favor do cessionário anterior. Seria absurdo pensar-se em objeção ou exceção sem haver o crédito. As objeções e as exceções não mais existem, porque não mais existe o crédito contra o qual seriam oponíveis. Tanto assim que elas desaparecem se é outro endossatário, possuidor de má fé, que se apresenta.

Se o banco ou outro estabelecimento recebeu o título endossado a ele e, sendo o que se estabeleceu entre o endossante e o banco ou outro estabelecimento, há de ser creditado o importe na conta do endossante, as objeções e exceções oponíveis ao endossante deixam de existir. Se o subscritor tem objeções ou exceções contra o banco ou outro estabelecimento, pode opô-las, porque o que se passou, em negócio jurídico subjacente, simultâneo ou posterior ao endosso, entre o endossatário e o endossante, não importa ao subscritor. Dá-se o mesmo em se tratando de negócio jurídico fiduciário em segurança (W. SIEBERT, *Das rechtsgesohãftliche Treuhand*" *verhãltnis,* 281 s.; E.

ULMER, *Das Recht der Wertpapiere,* 223). Cf. Tomos III, §§ 271-275; X, §

1.071, 5; XVI, §. 1.949; XVII, § 2.021, 6; XXIX, § 3.389, 10.

1. PAGAMENTO *TOTAL.* O pagamento só se faz contra a entrega do titulo endossável. O principio concerne a todos os títulos-valor.

2. PAGAMENTO PARCIAL. Pagamento parcial somente pode ser feito com anotação no titulo e recibo. A exigência do recibo é no interesse do devedor, porquanto, se o possuidor pede a substituição do titulo, por perda ou furto ou destruição, sem mencionar a solução parcial, precisa o subscritor ter a prova de que adimpliu em parte.

Se, protestado o título endossável, volvo file à posse de alguém que fora endossatário-possuidor, pode Base endossar a quem fora endossatário-possuidor. Aí, não há cessão civil, mas volta à circulação, o que o protesto, com a eficácia a favor de todos, faz possível.

1.VINDICAÇÕES . Também a respeito doa títulos endossáveis não há vindicação da posse contra o possuidor do boi fé, endossatário, nem reivindicação , mesmo se houve furto ou perda.

No direito brasileiro, o art, 521 do Código Civil somente se referiu aos titulo. ao portador e às coisas móveis.

Embora, por também se tratar de título-valor, não haja por onde se deixar de considerar coisa móvel, alguém, que do titulo constava como tomador ou como endossatário, tinha a posse talvez de má fé e endossou o título, dando .a posse. Perante o subscritor a sua boa fé há de ser atendida, Na série dos possuidores regem os mesmos princípios.

Se a posse de boa fé gera o direito de propriedade. é óbvio que há o mesmo limite à reivindicação contra o endossatário.

2. OUTRAS AÇÕES. As ações oriundas de negócios jurídicos, em que haja promessa de transíação , também podem ser propostas pelos promitentes ou alienantes, aí endossantes, como sucederia em quaisquer casos de promessa de alienação, ou casos de alienação, entre os figurantes do negócio jurídico . Por exemplo: as ações de decretação de nulidade, ou de anulação do endosso, ou as ações concernentes à posse por não ter havido a tradição. A boa fé, por parte do terceiro, é que pode pré-exclui-las. Rege o que há pouco dissemos, não o art. 521

do Código Civil.

3.ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO. Os títulos endossáveis podem dar ensejo à *ação de enriquecimento injustificado.* Se o título é cambiário ou cambiariforme, rege o art. 48 da Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908. Fora dai, os princípios que se hão de invocar são os do direito comum (Código Civil, arts, 964-971).

Quem recebeu o que lhe não era devido tem de restituir. Idem, se havia condição e sem o implemento foi recebida a prestação (art. 964). O que se recebeu por dívida oriunda de titulo endossável, depois da prescrição, não é de restituir-se, porque a prescrição apenas encobre a eficácia da, pretensão. O que pagou tem de juntar à petição de restituição por enriquecimento injustificado o titulo endossável que lhe foi entregue. A ação, em se tratando de titulo não cambiário nem cambiariforme, há de ser proposta contra o subscritor, ou, se houve saque, contra o aceitante, e não contra os endossantes <Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art, 48, alínea 1,").

Fora do direito cambiário e cambiariforme, o principio é o mesmo, porque o endossante e o avalista tinham ações regressivas contra os anteriores.

Resta saber me quem recebeu em doação ou outro negocio jurídico gratuito tem ação de enriquecimento injustificado. Noutros termos: ~ que é que se há de entender, em tais espécies, por enriquecimento injustificado?

A discussão, a respeito, foi sem pertinência. O que entra no patrimônio por doação, ou outro negócio jurídico gratuito, é tanto elemento do patrimônio quanto o que nele entra em conseqüência de negócio jurídico oneroso.

A ação de enriquecimento injustificado tem caráter subsidiário. Somente existe se outra não há que dê ao prejudicado a reparação.

Por outro lado, é preciso que tenha havido enriquecimento injustificado. O que o demandado, em virtude do título endossado, prestou a outrem, diminui o quanto do enriquecimento injustificado.

4.TÍTULOS ENDOSSÁVEIS DEFEITUOSOS E TÍTULOS ENDOSSÁVEIS COM LUGARES EM

BRANCO. Desde que o titulo endossável tenha a assinatura, qualquer defeito que possa ser desconhecido pelo próprio tomador ou por algum endossatário e o seja não exime da responsabilidade o subscritor nem a pessoa ou as pessoas que o fizeram circular.

O título endossável com lugares em branco é exemplo de título deficiente, porém não insuficiente. Não importa se passou às mãos de outrem, cujo nome se inseriu no branco, sem ter sido o subscritor quem o encheu, e mesmo se tal início de circulação foi sem ou contra a sua vontade.

Se há saque, o aceitante vincula-se, e nasce a dívida a favor de qualquer pessoa possuidor de boa fé (tomador ou endossatário).

O que se há de entender, diante de título em branco, é que o signatário, qualquer que seja, outorgou *poderes de enchimento do titulo.* Não importa quem seja o signatário, porque subscritor, criador do título, tomador, sacado, endossatário, ou avalista, todos fazem declarações unilaterais de vontade.

branco e em relação ao subscritor. Tal pessoa não adquiriu o que agora possui. Foi o seu ato que encheu o titulo endossável. Dai ficar exposto às objeções e exceções.

O poder de encher o título endossável preclui com o enchimento. Qualquer alteração é falsificação. Quem quer que, depois, lance o seu nome como sacado, endossatário ou avalista, vincula-se, a despeito da falsificação e conforme o teor do titulo falsificado. Quem é credor, tendo adquirido o título endossável depois da falsificação, não pode pretender mais do que aquilo que consta do titulo.

Aqui, convém frisar-se que o cheque a que falta algum requisito, mas está assinado e contém a quantia, pode ser pago pelo banco ou estabelecimento autorizado ao tráfico chéquico, regendo-se a espécie pelos princípios concernentes aos *traspassos bancários* ou às *ordens de pagamento.*

Surge, aqui, o problema de se saber se a declaração unilateral de vontade *entra* no mundo jurídico antes do enchimento, ou se somente há negócio jurídico unilateral depois do enchimento. Se falta a prestação prometida, é de responder-se que ainda não se fêz a declaração unilateral de vontade. Quanto á data e ao vencimento, não. O

negócio jurídico unilateral está perfeito. Se há saque, a falta do nome do sacado impede a entrada do título no mundo jurídico, de modo que

há apenas assinatura e outorga de poderes de enchimento.

Desde o momento em que alguém enche o título que não havia entrado no mundo jurídico, esse se faz negócio jurídico unilateral. A dívida a relação jurídica de divida essa somente se irradia, como efeito, que é, sendo de boa fé o toma-dor ou o endossatário possuidor do título. O princípio concerne a qualquer figurante responsável, por se tratar de título-valor e ter-se de tutelar a boa fé do possuidor tomador ou endossatário com endosso válido e eficaz.

CAPITULO V

AMORTIZAÇÃO DOS TÍTULOS ENDOSSÁVEIS

§ 3.81O. Posição do problema

1.TROCAS DE CÁRTULAS E AMORTIZAÇÕES . A respeito dos títulos endossáveis também há a possibilidade de se trocar a cártula parcialmente destruída ou inutilizada e a possibilidade de se amortizar o título endossável, para se entregar ao endossatário outro exemplar.

Também a respeito dos títulos endossáveis há a amortização por furto ou perda.

Tem-se por parcialmente destruída ou inutilizada e ainda substituível a cártula endossável em que a parte separada e não entregável for menor do que a parte que se pode entregar para a troca de cártulas.

2.INTERÉSSE DO CREDOR. O procedimento dos arts. 336--341do Código de Processo Civil é aplicável, se, tendo interesse o credor, entende propor a ação de amortização.

Uma vez que o título é endossável, há interesse na medida da intimação do devedor para que não pague. Se alguém falsifica a firma do endossatário e o endossa a outrem, que está de boa fé, não pode o subscritor deixar de efetuar o pagamento a quem apresente o título; nem o poderia diante do possuidor de má fé em relação ao endossatário.

Daí resulta que há todo interesse do tomador ou endossatário em suscitar a intimação do devedor e propor, de acordo com a lei, a ação de amortização. Se quem furtou, ou achou, foi o próprio tomador ou endossatário, o endosso a outrem vai ser com firma autêntica. E não há, a respeito dos títulos nominativos, ou endossáveis, a vindicação da posse ou a reivindicação contra o *endossatário* com posse de boa fé. Se o endosso fora em branco, a vindicação é a do titula ao portador.

Se o título que foi destruído ou que se perdeu estava endossado em branco, tem-se de tratar a espécie como de título ao portador, sendo indispensável o procedimento edital.

DEBÊNTURES

§ 3.811. História e conceito de debêntures

1. SUGESTõES "DE LEGE PERENDA" PÁRA O INSTITUTO. Conhecida a hostilidade das legislações aos títulos ao portador em que se prometa dinheiro, ao crescer a necessidade de capitais para as grandes empresas quase sempre sociedades por ações se expandirem, perceberam os legisladores que se teria de atender ao capitalismo do século XIX. A expansão ou era devida a novas máquinas, ou a novas propriedades imobiliárias e exploração, ou a aglutinação de estabelecimentos congêneres. Seria difícil conseguir-se aumento de capital e, se fácil, nem sempre era a solução aconselhada, por parecerem temporárias as exigências de numerário. Por outro lado, os empréstimos feitos por pessoas físicas em pequeno número, ou por bancos, não podiam sempre ser grandes, nem, tão-pouco, a longo prazo.

Compreende-se que se pensasse em exceção ao principio da proibição dos títulos ao podador em se tratando de sociedades por ações. No fundo, permitiu-se às sociedades por ações o que o Estado se permitira e da prática estatal colheram-se experiências. Por outro lado, cogitou-se de garantia real para esses empréstimos mediante a subscrição de títulos-valor.

Com a boa aplicação dos empréstimos, as empresas colhem o suficiente para os pagamentos de juros e os resgates.

Os resultados satisfatórios levaram os que fundavam empresas vultosas a não colher , desde logo, todo o capital necessário, o que

teria de ser por meio de ações, e a lançar os empréstimos por títulos ao portador, ditos

"obrigações ao podador > ", ou *debêntures ,* nome que foi neologismo e longe está de ter o significado que é o da sua procedência lingüística .

Para a concepção dos empréstimos em debêntures, há dois elementos que ressaltam: a) os riscos ligados ao êxito da sociedade por ações ficam, quase todos, aos acionistas, que têm margem para dividendos maiores; *b)* os debenturistas, a par da garantia real, têm interesses fixos.

Todavia, o lançamento de operações por debêntures repugnaria a algumas espécies de empresas, como às companhias de seguros e os bancos.

A Lei n. 1.083, de 22 de agosto de 1860, proibia as debêntures ou outros títulos-valor subscritos em massa pelas sociedades por ações se não havia autorização do Poder Legislativo. A Lei n. 8.150, de 4 de novembro de 1882, art. 32, permitiu-as. A Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1898, é a que hoje rege a subscrição e emissão das debêntures.

2. CONCEITO DE DEBÊNTURES. Debênture é o título de crédito, título-valor, que as sociedades por ações subscrevem ao portador, conforme o estilo legal, em que o ativo e bens de cada companhia são sujeitos a privilégio geral ou a garantia real. Teremos ensejo de mais uma vez frisar que há dois momentos: o do privilégio e o da incorporação do direito real de hipoteca no título-valor. No art. 1.0 da Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, está escrito: "As companhias ou sociedades anônimas poderão emitir empréstimos ao portador *(debéntures)* de conformidade com o disposto nesta lei". No § 19:

"As obrigações que as sociedades anônimas emitirem terão por fiança todo o ativo e bens de cada companhia, preferindo a outros quaisquer títulos de dívida". Notem-se as impropriedades terminológicas de "fiança" e

"títulos de dívida". Títulos está, aí, no sentido de *titulus,* e não de títulos de crédito ou incorporantes, de títulos-valor.

§ 3.812. Natureza das debêntures

1. NEGÓCIO JURIDICO SUBJACENTE E TÍTULOS-VALOR. Os títulos ao portador, debêntures ou outros, de modo nenhum aos negócios jurídicos bilaterais. Não se pode dizer que os negócios que se fazem mediante debêntures seja contrato de mútuo, definido no art. 247 do Código Comercial, apenas com a diferença de ser dividida a quantia mutuada, expressa em títulos ao portador, com reembolso gradual, por pequenas parcelas, quase sempre com longos prazos, ou de todo o quanto de empréstimo.

As debêntures são títulos~-valor, de modo que cada título é negócio jurídico unilateral.

Antes de se lançarem as debêntures (xxx antes da emissão> -há quatro momentos que a investigação científica não pode deixar de apontar: a) o da publicação do *manifesto, une* faz do conhecimento do povo a criação dos títulos ao portador que a sociedade por ações adotou ; *b)* o da assinatura das debêntures; e) o do contrato da promessa unilateral, que se faz em cada debênture, com o *alter* digno, isto é, com o possuidor de boa fé em relação à sociedade por ações que a subscreveu; *d)* o da apresentação da debênture para reembôlso ou recebimento de juros ou outro efeito.

Se lembramos que há três momentos na vida de cada título-valor (e não só dos títulos ao portador), notamos que a lei fêz a publicação do manifesto elemento necessário, de modo que se pode falar de quatro, em vez de três momentos. Ainda assim, poder-se-ia considerar a publicação do manifesto como elemento da *criação,* algo de divulgação essencial, de anuncio, e teríamos apenas os três momentos.

Não se diga que a sociedade, em vez de contratar o empréstimo com uma só pessoa, o contrai com muitas, com igualdade de cláusulas. Tal explicação vulgar nos juristas que não aprofundaram o estudo dos títulos-valor revela apego às *teorias ritualísticas* . A própria Lei n. 177-A fala de “empréstimo”, mas de modo nenhum daí se pode tirar que considere cada debênture como contrato de mútuo, ou o total das debêntures como contrato de mútuo com o público, ou com os possuidores das debêntures.

Autorizada a emissão ou, melhor, a subscrição têm os administradores das sociedades por ações de publicar o manifesto. Após isso, observadas todas as exigências legais, é que se subscrevem as debêntures.

Com a subscrição da debênture, está perfeito o negócio jurídico

unilateral. Tanto assim que, se, *sem ou contra a vontade do órgão ou dos órgãos da sociedade por ações ,* a que incumba a *emissão,* a debênture vai às mãos de possuidor de boa fé em relação a ela, nasce a relação jurídica de dívida.

O erro dos juristas que pensam em *empréstimo coletivo,* ou em *sociedade de prestamistas (!),* ou em contrato com o *unus ex publico,* consiste em que confundem com *existência.* do negócio jurídico unilateral a *eficácia* do negócio jurídico unilateral. A sociedade, no momento em que o seu órgão ou os seus órgãos subscrevem a debênture, *perfaz* o titulo-valor. O titulo-valor existe, porque incorpora a declaração unilateral de vontade, que, pela satisfação de todos os pressupostos necessários, *entrou* no mundo jurídico e *vaie.* A eficácia é outra coisa.

Ao contacto com o possuidor de boa fé em relação à sociedade subscritora, irradia-se a relação jurídica de dívida, que essa sim é bilateral, como todas as relações, jurídicas ou não.

Pode haver negócio jurídico subjacente entre a sociedade subscritora e algum estabelecimento que tome a ~eu cargo a emissão, ou compre mesmo todas as debêntures, mediante cláusulas estranhas aos títulos ao portador.

Nada disso atinge a natureza da debênture, título-valor.

Por outro lado, qualquer sociedade, ou *gentlemcn agreement,* ou *holdinq,* que se estabeleça entre os possuidores de títulos, ou entre alguns deles, nenhuma influência pode ter na debênture, título em que se incorpora promessa unilateral do subscritor, que é a sociedade por ações.

As debêntures contêm promessa unilateral de pagar, são títulos de crédito, entram na classe dos títulos-valor.

Quem transmite a posse transmite a promessa unilateral de pagar. Quem toma a posse, faz-se apto a transmitir a posse. À posse de má fé perante o subscritor não corresponde titularidade do crédito. Mas de cada posse de boa fé, perante o subscritor, nasce o crédito.

A unidade de relação jurídica, a propósito das debêntures, é noção errada, porque unicidade, se houvesse, seria de negócio jurídico subjacente .

Uniformidade não se confunde com unicidade. Cada debênture é cártula de negócio jurídico unilateral. Há tantos negócios jurídicos

unilaterais quantas as debêntures subscritas.

A alusão a "contrato de empréstimo >" engloba dois erros:

não há contrato, mas debêntures; o negócio jurídico subjacente, que pode, até, não existir, não é necessariamente de mérito.

A concepção de negócio jurídico único, que fraciona, é de repelir-se. Há pluralidade de negócios jurídicos unilaterais, abstratos, de que se irradia pluralidade de relações jurídicas de crédito (ou de crédito e de garant ia real). A comunidade entre os debenturistas é comunidade de interesses, o que de modo nenhum poderia determinar unicidade negocial, nem, a *fortiori,* unicidade e fracionariedade da relação jurídica de crédito.

Quando a propósito de debêntures se fala em empréstimo, alude-se ao *quod plerumque fit,* no tocante ao negócio jurídico subjacente. A debênture é título-valor, título *de crédito,* que é espécie daquele. Se houve mútuo, ou se não houve, é assunto estranho à debênture, que é título *abstrato.* Por isso mesmo nada impede que a sociedade por ações empregue o *fundo de reserva social,* ou parte dele ou algum dos *fundos de reserva social,* para lançamento das debêntures, distribuindo-as aos acionistas (sem razão, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial,* IV, 111; certos, URBAIN J. VAES, *La Technique du Finance"ment des Enter-prises et spéeialement des Soejétés Anonymes,* 213; TRAJANO DE MIRANDÁ VALVERDE, *Sociedades por Ações,* II, 168). J. *X.* CARVALHO DE MENDONÇA, fora levado, infelizmente, pelos pareceres, todos insustentáveis, de SOUSA Rínrno, CARIMs DE CARVALHO e RuI BARBOSA, em 1894

(Gazeta Jurídica de São Paulo, 48, 128-132; *R. F.*. VII, 131).

O negócio jurídico subjacente pode ser *daçá". em solvto* (cf. Parecer das Comissões de Finanças da Legislação do Senado Federal, a 17 de outubro de 1892: *"Casos* há em que a emissão do empréstimo (?) não é mais do que um meio de pagar dívidas já contraídas. Nessa hipótese, ocorre às vezes que a companhia mutuaria („?) não embolsa na ocasião um real; entrega apenas aos credores, em fiança <?) do reembôlso, por quantias ou serviços anteriormente recebidos, os titulos de obrigação, que subscreve, e que passam da sua carteira para a do mutuante (7), sem troca de dinheiro, simplesmente em quitação de compromissos preestabelecidos. .~. Como privar o comércio e a indústria desse meio usual de pagamento? ~ Como tolher essa espécie jurídica de relações 7 >").

Trata-se de negócio jurídico subjacente. Nada tem com as debêntures, negócio jurídico unilateral.

2. FIGURANTE DA DEBÉNTURE E POSSUIDOR. O figurante do negócio jurídico da debênture é um só: a sociedade por ações que a subscreveu. Não dizemos "que a emitiu", porque pode dar-se que, subscritas as debêntures, haja furto ou perda, e alguma ou algumas ou todas (o que seria difícil > tenham caído sob a posse de alguma pessoa de boa fé. O possuidor de boa fé é dito *debenturista,* ou *obrigacionista* (o que é de evitar-se), ou *portador de obrigações.*

(A propósito do nome "debênture", houve, a princípio, certa vacilação. Alguns escritores e juizes preferiam

"debêntura" >. Vem do inglês *debenture,* palavra, que se diz datar de 1455, e se origina do latim *debentur,* com que se iniciava a redação dos certificados ou títulos: "são devidos".) Costuma-se dizer que a sociedade por ações tem dois capitais: o *capital-ações* e o *capital-obrigações.* Deve-se evitar tal assimilação. O que se obteve com a subscrição de títulos Valor, como o que se consegue com contratos de mútuo, não é *capital.*

O capital se divide em ações, nas sociedades anônimas; e em ações e quotas > nas comanditas por ações; ou em quotas, nas outras sociedades. O acionista é sócio, o debenturista não no é. O possuidor da debênture, se de boa fé perante a sociedade subscritora, é *credor,* porque com a posse de boa fé se irradiou a relação jurídica de dívida. Nenhuma ingerência têm, nas sociedades subscritoras, os debenturistas.

As debêntures são títulos ao portador subscritos para serem emitidos em massa > títulos de série. Trata-se de perfeição de negócios jurídicos unilaterais do mesmo tipo > numa série única. Se há duas ou mais séries, há o número da série e o de cada titulo. A individuação que daí resulta não os torna bens infungíveis, pôsto que ela possa ser utilizada para a infungibilização.

a. COMERCIALIDADE EXCETUÁVEL DAS DEBENTURES > CERTEZA *E* LIQUIDEZ. As debêntures são títulos comerciais (Conselho do Tribunal Civil e Criminal do Distrito Federal > 27 de agôsto de 1892, *O D.,* 59, 442 s.) se são mercantis as sociedades por ações (Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, arts. 2.0.

parágrafo único, e 164). Se são civis as sociedades que as leis posteriores à Lei n. 177-A incluíram na classe das que podem

subscrever debêntures, os títulos são civis.

As debêntures são títulos *certos* e *líquidos* (Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de maio de 1913, *R. dos* 7"., VI, 151 s.).

Se bá juízo comercial, separado do juízo civil, as ações contra os possuidores ou tenedores de debêntures, ou propostas por eles, estão sujeitas à jurisdição comercial, devido a comercialidade do título. Assim, por exemplo, a ação de nulidade da subscrição ou da emissão (Conselho do Tribunal Civil e Criminal do Distrito Federal > 27

de agôsto de 1892, *O 1)., 59,* 442 s.). *Atiter,* se civil a debênture.

As sociedades civis em geral somente podem lançar debêntures se autorizadas por lei especial (Código Civil, art.

1.511). Convém, todavia, que não se chamem debêntures esses títulos ao portador, pois as sociedades por ações que as podem lançar são apenas as sociedades comerciais por ações e aquelas a que a lei permitiu sem ser por autorização. A subscricão dessas independe de autorização.

Os documentos de crédito, nominativos, em que se promete dinheiro > não são Vedados. Apenas, de regra, não são títulos-valor, por deixarem de satisfazer pressupostos formais que os tornassem, por exemplo, debêntures ou títulos cambiários. Surge o problema da subscrição de debêntures em que figuram o nome do tomador e se disserem endossáveis. <~São ou na debêntures *De iure condendo,* não se justifica que se pré-elimine a concepção das debêntures endossáveis, ou, até, as nominativas simples. *De iure condito,* a lei é clara.

Todavia, se o lançamento foi de títulos endossáveis, há títulos-valor, que não são proibidos pelo art. 1.511 do Código Civil; apenas, não têm o privilégio geral. Não há nulidade dos títulos como tais, mas sim ineficácia da classificação deles como debêntures.

SUBSCRIÇÃO DAS DEBÊNTURES

§ 3.813. Atos preparatórios da subscrição das debêntures

1. ANTECIPAÇÕES SOBRE PUBLICIDADE PRÉVIA. Ao tratam-nos das

promessas ao público > particulamente da *promessa de recompensa,* frisamos que a publicidade, que lhe é inerente, se faz globalmente, ao passo que a publicidade que há na circulação dos títulos ao portador se opera de mão em mão > o que supõe algo de concreto e de em circulação, que não se encontra na promessa ao público. Isso não significa que não possa haver promessas ao público > mesmo promessas de recompensa > que circulem, nem que a lei não possa exigir à circulabilidade dos títulos ao portador, ou de outros títulos-valor, a *publicidade prévia.* Às debêntures a lei exigiu que antes da circulabilidade, haja a publicação. Com isso > tutela-se o interesse do público, para que se saiba ao certo o que é que exprimem e valem os títulos que se vão subscrever.

A *publicidade prévia* é, de regra, elemento essencial ao lançamento de títulos ao portador, endossáveis ou simplesmente nominativos em massa. Se > algumas vezes, não o é, deriva tal inessencialidade de não se precisar de outros informes para se adquirir o titulo que está à vista > ou se o lançamento é em massa porém não destinado, propriamente , à circulação.

Os atos preparatórios > no tocante às subscrições de debêntures, são atos de interesse público. De algum modo, evitam as subscrições e emissões em desacordo com a verdade e as subscrições e emissões criminosas.

A Lei n. 177-A > de 15 de setembro de 1893 > proveio de projeto da Câmara dos Deputados em que se cogitou das “condições em que podia ser exercida a faculdade conferida às sociedades anônimas de emitir debêntures».

A subscrição de debêntures somente se permite às sociedades por ações. A Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, art. 1.0, só se referia às sociedades anônimas, mas já àquele tempo acertado seria interpretar-se o art. 1.0

como permissivo da subscrição de debêntures às sociedades anônima~ e às comanditas por ações (cf., hoje > Decreto-lei n. 2.627 > de 26 de setembro de 1940, arts. 87, parágrafo único, *c),* e 166). Os comerciantes singulares e as sociedades civis ou comerciais que não sejam sociedades por ações (sociedades anônimas ou comanditas por ações), não podem emitir os títulos de crédito ao portador de que trata a Lei n. 177-A. Isso de modo nenhum afasta poderem subscrever, mesmo em massa, outros títulos-valor, como os títulos nominativos (o nome é inserto antes da entrega ou na ocasião da entrega) e os títulos endossáveis.

A lei permite a subscrição e a emissão se há *autorização* para que as subscreva e emita pessoas físicas ou pessoas jurídicas que não sejam sociedades por ações.

2. DELIBERAÇÃO DA ASSEMBLÉIA GERAL. No art. 1.0, § 59, alíneas L~ e □

2 a, a Lei n. 177-A estatui:

"Não se fará emissão de obrigações sem prévia deliberação da assembléia geral dos acionistas adotada por tantos sócios quantos representem, pelo menos, metade do capital social> em reunião a que assista número de acionistas correspondente a três quartos dele, pelo menos. A data dessa assembléia será publicada na folha oficial e em uma das de maior circulação do lugar>". Cf. Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, arts.

87, parágrafo único> *e>,* e 105, e). A convocação tem de ser especial. Não pode ser pré-excluida a incidência do art. 1.0, § 5□0> da Lei n. 177-A (Decreto-lei n. 2.627, arts. 87, parágrafo único, *e),* e 105, e) pela inserção de artigo dos estatutos da sociedade em que se altere a regra jurídica da Lei n. 177-A, que é *jus cogens,* e não *jus dispositivum,* ou que desde logo dê a permissão para a subscrição das debêntures (Aviso do Ministro da Justiça ao Ministro da Fazenda> de 26 de outubro de 1894> *O D.,* 65, 456 s.; *aliter,* em se tratando de títulos ao portador endossáveis).

A deliberação da assembléia geral para a subscrição e emissão de debêntures tem de ser em reUnião com quorum de três quartos> pelo menos, do número de acionistas e adotada pela metade, pelo menos, do capital social.

O art. 1.0> § 6.0> da Lei n. 177-A acrescenta: "Na ata da assembléia geral serão exaradas as condições essenciais da emissão que se resolver". E o art. 1.~, § 7□0: "A inobservância de qualquer dêstes preceitos (§§ 5.~

e 6.0) envolve nulidade, em proveito dos obrigacionistas">.

Quanto ao art. 1.~, § 59> surgiu a seguinte questão: se na primeira e na segunda reunião não comparecerem acionistas que representem três quartos do número deles, ou não houver metade, pelo menos, do capital social> que aprove a subscrição e emissão das debêntures, ~

pode-se, na próxima reUnião > deliberar sem a presença dos três quartos ou sem a aprovação de metade > pelo menos, do capital social? LAFAIETE RODRIGUES

PEREIRA, MANUEL 1. GONZAGA, AMARO CAVALCANTI, TÔRRES NETO e FERREIRA VIANA *(Relatório da Câmara Sindical dos Corretores de Fundos Públicos do Distrito Federal,* 1900, 129-186) entendiam que seria inconveniente, e profundo golpe nas sociedades por ações, impor-lhes o quorum e a maioria do art. 1.0, § 5?. No mesmo sentido, o Despacho do Ministro da Fazenda, a 20 de julho de 1900 (caso da Companhia Ferro-

-Carril Jardim Botânico) e o Despacho de 26 de outubro de 1910, que reafirmou a interpretação por bem dizer-se dinamitante do texto legal *(Relatório da Câmara Sindical dos Corretores de Fundos Públicos do Distrito Federal* > 1911, 8-10).

Sem razão. Os pareceres foram contra a letra da lei então vigente, como seriam contra a lei. de hoje. t indispensável o quorum de três quartos. A maioria há de ser, pelo menos > de metade do capital social.

8. CLÁUSULAS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS UNIFORMES. Além da prévia deliberação da assembléia geral, convocada para esse fim > e da observância do quorum e da maioria > a lei exige que a assembléia geral estabeleça as cláusulas (o conteúdo) dos títulos que hão de ser subscritos (Lei n. 177-A, art.

1.0: “Na ata da assembléia geral serão exaradas as condições essenciais da emissão que se resolver”.

São pressupostos objetivos necessários < ditos, na lei, “condições essenciais») : *a)* a fixação do valor da emissão *b)* o número > o valor nominal, o tipo das debêntures e a série; *c)* o juro correspondente a cada debênture e a época do seu pagamento; *d)* a época e o modo de resgate dos títulos (dita também “amortização», em sentido que destoa da terminologia que antes apontamos, repetidas vezes) ; *e)* o processo ou operação para a colocação ou a negociação das debêntures; */)* se há garantia hipotecária, isto é, se se incorpora ao título ao portador direito real de hipoteca > a individuação dos bens hipotecáveis.

A assembléia geral pode conceber outros pressupostos que ela tenha por necessários.

(a)“Valor da emissão” > ou, melhor, valor da operação global é o

valor, em dinheiro corrente, de todos os títulos.

A propósito do *valor da operação,* a Lei n. 117-A > art. 1.0, § 3,0, estatui que "o valor total das emissões de uma companhia não excederá ao do capital estipulado nos estatutos". Tal o *principio de limite da operação de debêntures.* Mas a esse principio a própria Lei n. 177-A abre exceções (art. 19, § 49:

"Excetuam-se desta regra: 1.0 > as associações de crédito hipotecário; 2.0 > as associações de estradas de ferro, navegação, colonização e mineração; 3,0, as que assegurarem o excesso mediante títulos da divida da União, dos Estados ou das Municipalidades, cujo vencimento coincida com o das obrigações, depositando-se no Tesouro, nas repartições federais da Fazenda, nos Estados, até a sua remição > ") e por leis posteriores (Lei n.

2.080, de 7 de janeiro de 1909 > quanto às associações de crédito agrícola ou de crédito hipotecário e agrícola; Lei n. 5.466 > de 9 de fevereiro de 1928, art. 1.0 > quanto às associações de navegação marítima, fluvial e aérea > as de viação urbana e comunicações telefônicas urbanas e interurbanas e as de construção e exploração de portos; Decreto-lei n. 1.392, de 29 de junho de 1939, artigo único, quanto às companhias de serviços ao público de água > saneamento e energia elétrica, se concessionárias; Decreto-lei n. 7.890, de 16 de março de 1945, quanto às companhias que exploram a indústria frigorificação . As *obrigações portuárias* regem-se por lei especial (Decreta-lei *„ri.* 9.681 > de 30 de agôsto de 1946, arts. 1.0~11).

A lei falou de "capital estipulado nos estatutos". não de capital integralizado. *De lure condendo,* há argumentos a favor da limitação ao capital realizado, porém > *de iure condito,* não se pode exigir isso > pôsto que a própria sociedade possa incluir nos estatutos tal, restrição. Cumpre, ainda, observar-se que o privilégio geral que têm as debêntures diminui os inconvenientes da limitação somente ao capital previsto nos estatutos.

Dentro do capital previsto 0 = do valor nominal do capital social estabelecido) > a empresa pode emitir uma > duas ou mais séries de debêntures. Porém é-lhe vedado lançar nova série antes de esgotada a anterior (Lei n.

177-A, de 15 de setembro de 1898, art. 2.0, § 4.0: "o importe dos empréstimos anteriormente emitidos pela sociedade»). As séries podem ser uniformes, de igual importe total, ou (Lei n. 177-A, art. 2.0,

§ 39:

"O tipo das obrigações será uniforme em cada série"; Lei ri. 5.466, de 9 de fevereiro de 1928, art. 2.0).

As exceções a favor de empresas de serviços ao público fazem supor-se que o Estado as fiscalize e dificilmente se fundamentam, pois a elevação do capital mais se justificaria do que o lançamento de títulos ao portador sem observância do principio geral.

A *sucessiva* deliberação de aumento do capital não sana o lançamento de debêntures com infração do 19, § 3,0> do Decreto-lei *ri.* 781.

(b) Determinado o valor global, tem a assembléia geral de dizer qual o número das debêntures e qual o valor nominal. TOdas têm de ter o mesmo valor e o mesmo tipo. Quanto ao tipo, as debêntures são *ao par>* ou *abaixo do par,* ou *acima do par.* A assembléia geral tem de ser precisa a respeito disso, e não pode atribuir tal função a qualquer dos seus órgãos . -Na criação ao par> nenhum problema surge. Se acima do par> ou com prêmio, o titulo é alienado pelo valor nominal *mais* certa quantia, que é o prêmio a favor da empresa subscritora dos títulos. Se abaixo do par, ou com prêmio reembolsável imediatamente ou a curto prazo, o adquirente presta pelo titulo menos do que o valor nominal, ou o valor nominal *menos* o que lhe vai ser reembolsado. No momento do resgate> a empresa presta o valor nominal ou mais do que o valor nominal. As mais freqüentes operações em massa de debêntures são ao par ou abaixo do par> sendo ao par o resgate. A Lei n. 177-A> art. 69, prevê o resgate por sorteio: "As sociedades anônimas não poderão emitir obrigações reembolsáveis mediante sorteio, a preço superior ao da emissão> sem que sujeitos fiquem tais títulos ao juro anual de 3% pelo menos, e sejam todos resgatados pela mesma soma, de modo que o importe da anuidade, compreendendo a amortização e os juros> se mantenha igual em toda a duração do empréstimo; tudo sob pena de nulidade da emissão>?. Uma vez que se observe o art. 6.0 da Lei n. 177-A, não há por onde ver-se aí a infração do Código Penal de 1890> art.

367, § 1.0, nem da vigente Lei das Contravenções Penais <Decreto-lei n. 8.688, de 2 de outubro de 1941), art. 51

e § 2.0, tanto mais quanto o § 39 é explícito: "Não se compreendem na definição do parágrafo anterior os sorteios autorizados na legislação anterior". O § 2.0 é o que diz: "Considera-se loteria toda operação que, mediante a distribuição de bilhete> listas, cupões, vales, sinais, simbolos ou meios análogos, faz depender de sorteio a obtenção de

prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza".

(Alguns juristas falam, a propósito do que se presta para adquirir a debênture, de *preço de emissão.* O preço é do titulo > mas esse preço pode não ter existido; *e. g.:* o ladrão ou o achador passou a outrem, de boa fé perante o subscritor, a posse do título; o titulo pode ter sido doado, ou dado em soluto. O que há é *valor nominal* e *valor de alienação pelo subscritor.)*

QuatRo à solução da dívida com prêmio, o art. 367, § 1.0, do Código Penal de 1890 parecia vedá-lo, mas a Lei n.

628 > de 28 de outubro de 1899, excetuou do crime a espécie. Assim também a Lei n. 2.321, de 30 de dezembro de 1910 > art. 31, § 8.0:

"Não se compreendem na disposição dêste artigo as operações praticadas para resgate de títulos de companhias que funcionarem de acordo com a lei > nem para cumprimento anual ou semestral de obrigações pelas mesmas contraídas >". O processo constitui, portanto > verdadeiro prêmio > que cabe a uns, e não a todos. Permite-se, pois, o enriquecimento de uns, em vez de todos, por meio de sorteamento, a que se não impõe a norma geral do sistema. Em todo caso, há a regra jurídica do art. 6.0 da Lei *ri.* 177-A.

O art. 69 . 177-A é *lez epecialis.*

(c) A *série* deve ser mencionada. Se só há uma e se trata do primeiro lançamento de debêntures, costuma-se chamar "série única" >. Se sobrevém outro lançamento, a série única passa a ser primeira série.

(d) A assembléia geral tem de fixar os juros sobre o valor de cada debênture. Os juros são os mesmos para toda a série, se só há uma, isto é, sobre todos os negócios jurídicos unilaterais, qualquer que seja a série. Também há de dizer qual a época ou épocas de pagamento. Não foi explícita a lei em exigir a determinação do lugar do pagamento, mas, se nada se declarou > entende-se que o lugar é o da sede social. Aí > é que tem de ser apresentado o titulo.

A venda dos títulos não se faz sempre de uma só vez. Pode demorar dias, ou meses > ou, até, anos. Daí a possibilidade de haver diferença, contra o subscritor, entre o preço do titulo antes e o valor do titulo depois. Por outro lado, se o valor do titulo é abaixo do par, a taxa de juros, calculada sobre o valor nominal, é verdadeiramente maior do que se diz.

Nada obsta a que se estabeleça taxa de juros variável, para mais, ou

para menos. Tem-se, porém > de respeitar a exigência de fixação.

(e) O momento em que têm de ser resgatados os títulos (pagas as dívidas) tem de constar da ata da assembléia geral. Ou o pagamento se faz de uma vez, isto é, no tocante a todos os títulos; ou anualmente, ou em período maior ou menor, para certo número de títulos; ou parcialmente, com a diminuição correspondente dos juros.

Os resgates periódicos podem ser feitos por *sorteios* ou por *compras* de títulos na Bôlsa, ou pelos dois meios, o que há de ser previsto no manifesto. A reserva dos dois meios é aconselhável porque permite que a sociedade os adquira por melhor preço , se estão cotados abaixo do par. Se a sociedade preferiu o sorteio, tem de dizer *como* e *onde* há de ser feito.

Pode-se reservar a resgatabilidade por antecipação, com ou sem bonificação. Não pode ficar a líbito da empresa subscritora a escolha dos títulos antecipadamente resgatáveis: ou há o sorteio > ou há observância de critério preestabelecido, ou a empresa adquire em bôlsa as debêntures.

§§ 3.818-3.824. SUBSCRIÇÃO DE DEBÊNTURES

Não há resgatabilidade por antecipação sem ter sido oriunda de cláusula explícita. Em todo o caso > o Decreto ri.

22.626, de 7 de abril de 1933, art. 79, estabeleceu: “O devedor poderá sempre liquidar ou amortizar a divida quando hipotecária ou pignoraticia antes do vencimento > sem sofrer imposição de multa,e ou encargo de qualquer natureza por motivo dessa antecipação”. A regra jurídica geral apanha as debêntures se foi constituído direito real em garantia da subscrição de debêntures .

Observe-se porém que é preciso > para se invocar o art. 79 do Decreto n. 22.626 > que se *resgatem* todas as debêntures, porque o resgate é do direito real de garantia, o que se permite é a *remição* da hipoteca > do penhor ou da anticrese, direito real que foi constituído a favor de todos os portadores de debêntures.

Se há resgate por sorteio, a preço acima do valor nominal, os títulos restantes têm de vencer o juro mínimo anual de 3% e ser resgatados pela mesma soma > de modo que o importe da anuidade, compreendendo resgate e juros, se mantenha igual em toda a duração do empréstimo (Lei n. 177-A, art. 69).

Não é vedado o *resgate conversivo,* isto é, o resgate das debêntures mediante entrega de ações. Tem de ser preestabelecido com todos os dados, conforme planos de resgate e de aumento de capital.

A convertibilidade das debêntures em ações pode ser prevista, quer à escolha dos debenturistas por ocasião do vencimento, quer em virtude de plano, segundo o qual o que se resgata seja substituído por ações. São os *convertible bonds* dos Estados Unidos da América e as *Wandelschnldverschreibungen* do direito alemão. O

debenturista pode ser legitimado à obtenção de ações da sociedade subscritora, ou legitimado à obtenção de ações de outra sociedade. Deve-se entender que se paga e se fica com a posse imediata do dinheiro para se adquirir ação, pelo valor nominal ou pelo valor da cotação.

Se o que a sociedade subseritora tem de prestar é ação dela mesma > o que se há de entender é que ela reconheceu ao debenturista direito a subscrever ações. Se o aumento do capital já foi lançado, as ações consideram-se pagas com o quanto constante das debêntures. O que é preciso é que se haja pensado em deliberações simultâneas de lançamento de debêntures e de (futuro) aumento de capital > ou em permissão estatutária do aumento para isso, ou que se dê à sociedade subscritora a escolha: prestar o quanto ou prestar ações.

O acordo, ou o negócio jurídico unilateral, concluído pela assembléia geral dos debenturistas, pode admitir a *conversão.*

No caso de aumento de capital, a vinculação da sociedade subseritora à *conversão* das debêntures em ações impede que, antes de vencidas as debêntures e resgatadas, se pense em nôvo aumento. No caso de aumento para bonificação de reservas aos acionistas, somente é possível se fôr pôsto à parte, a favor das conversões previstas, o que seja necessário ao igual tratamento.

A fusão de sociedades pode ser prevista, mas, se o não foi, só a deliberação da assembléia geral dos debenturistas pode estabelecer a fundibilidade ou a fusão.

(f)A assembléia geral tem de determinar como se há de proceder à emissão. A subscrição perfaz os títulos ao portador. Para a eficácia, é preciso que ocorra a posse do *alter,* posse de boa fé perante a empresa subscritora. A entrada em circulação pode ser por venda nos guichês da empresa > na sede social, ou na sede social e nas filiais ou sucursais; ou por venda em bôlsa; ou por intermédio de banco ou

outro estabelecimento de inversões, que funcione como representante, ou como primeiro possuidor próprio > ou com posse imprópria de titular de direito real de garantia.

O primeiro modo de lançamento em circulação foi o único regulado pela Lei n. 177-A. É o processo da *invitatio,* mediante manifesto. O público acode à *invitação à tomada de títulos* ou por meio de subscrição, que é oferta de compra do titulo ao portador, ou por lance em leilão, ou Bôlsa. É menos exato dizer-se que a sociedade subscritora *oferece* os títulos ao portador; ela *convida* à *oferta.* A empresa subscritora como que *expõe* o que tem para vender. As debêntures já são negócios jurídicos unilaterais. Falta..lhes a eficácia. Essa ou provém da posse pelo primeiro possuidor, a quem se faz a emissão, possuidor de boa fé, ou exsurge quanto ao terceiro de boa fé, em relação à sociedade subscritora, que a adquiriu de outro terceiro de boa fé, ou de ladrão ou de achador (possuidor de má fé).

Cada possuidor, de boa fé, de uma debênture é titular de um crédito. O possuidor, de boa fé, de duas debêntures é duas vezes credor. Não se há de pensar numa só relação jurídica de crédito, de que resulte dívida fraccionada pelos títulos. A cada título corresponde uma relação jurídica, que se irradia de negócio jurídico unilateral. A subscrição e o lançamento é que foram em massa. A *comunhão de interesses ,* que resulta de serem iguais os títulos, nada tem com a *unici date* de relação jurídica. A operação de subscrição foi una, mas as próprias subscrições foram distintas. Cada debênture é negócio jurídico unilateral à parte dos outros, como o exemplar de um livro, na mesma edição, é bem móvel distinto de qualquer dos outros exemplares.

A compra-e-venda da debênture, título ao podador, é negócio jurídico sobrejacente, é negócio jurídico bilateral, que vem, necessariamente , após a subscrição. Outros títulos ao portador, não lançados em massa, podem ser subscritos no momento *após* a conclusão do negócio jurídico de compra-e-venda, e então o negócio jurídico é subjacente. Pode dar-se que esse negócio jurídico seja simultâneo.

4. PUBLICAÇÃO DA ATA DA ASSEMBLÉIA GERAL. A ata da assembléia geral tem de ser publicada na fôlha oficial e num dos jornais de maior circulação do lugar (Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, ad. 19, §

6.0). A falta de tal publicação é causa de nulidade da totalidade dos

negócios jurídicos unilaterais, que resultaram da subscrição dos títulos ao portador. Não é preciso que se registe, mas costuma-se registar essa ata, como outras.

5.INSCRIÇÃO PROVISÓRIA DA CONSTITUIÇÃO DOS DIREITOS REAIS. Todas as debêntures têm o *privilégio geral* a que se refere o art. li", § 1.~, pr., e seus incisos 1 e II, da Lei ri. 177-A. Podem ter, também, porém não é necessário, a garantia real, isto é, o direito real de hipoteca, de anticrese ou de penhor, de que cogita o art. 1.0, § 2.0, alíneas

.a: "As sociedades anônimas que contraírem tais empréstimos poderão aboná 1~a e 2

-los

especialmente com hipotecas, anticreses e penhores , ficando fora do comércio, nesse caso, só nele, os bens especificados em garantia dessas operações. Na inscrição e transcrição respectiva se observará o disposto no Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, sem prejuizo do estabelecido nesta lei, ad. *49".* A alínea □

2 a está posta de

lado, em seu conteúdo, pelo Código Civil, arts. 881, 856, III, 861 e 796. No art. *49,* alíneas l.~ e 2a da Lei n.

177-A, diz-se: "No registo geral das hipotecas haverá um livro especial destinado à inscrição dos empréstimos em obrigações ao portador, contraídos pelas sociedades anônimas. Cada inscrição neste livro conterá, além das averbações necessárias, as fixadas por esta lei, art. 2.0, ris. 1 a 5". Não se trata de inscrição definitiva, mas de *inscrição prévia* simplesmente. A previedade não significa sempre provisoriedade, mas, ai, pode dar-se que a subscrição não se dê, e seis meses depois se *deseficaciza* a inscrição. Trata-se, em verdade, de prazo de preclusão da eficácia da inscrição, e a expressão "perempção", que aparece no art. 4□O, § *29,* II, não foi infeliz.

Lê-se no art. *49,* § 29, II: "A inscrição tornar-se-á definitiva no prazo de seis meses, sob pena de perempção, pela menção, à margem, da data do ato definitivo da hipoteca, ficando solidária-mente responsáveis para com os credores prejudicados os administradores da sociedade".

A inscrição da constituição provisória, *unilateral,* está prevista na Lei

ri. 177-A, arts. 1.~, § 29, 2.0, inciso 79, e *49,* § 29. Estatui o ad. *49,* § 2.0, pr.: "Aberta a subscrição de um empréstimo em obrigações ao portador (debêntures), sobre garantia hipotecária, os diretores da sociedade requererão imediatamente a inscrição eventual dos bens oferecidos em hipoteca a benefício da comunhão dos futuros portadores desses títulos; pena de responderem por perdas e danos para com os prejudicados com a demora". AI só se aludiu à "subscrição" pelos que *querem* adquirir títulos, ao passo que não é esse o único modo de lançamento, pois há, por exemplo, o de "venda pública das obrigações" de que fala o art. 2.0, § 69, da própria Lei n. 177-A. Aliás, antes de os candidatos à aquisição de debêntures *subscreverem* a lista de ofertas de compra, já o *manifesto* publicado (Lei *ri.*

177-A, ad. 29, pr.) supõe que se inscreveu provisoriamente a constituição unilateral de hipoteca. A Lei n. 177-A tem, como é sabido, péssima redação, a despeito de nela haverem trabalhado LEOPOLDO DE BULHÕES, RUI BARBOSA, AMARO CAVALCANTI.

Têm-se seis meses para se perfazer e averbar o acordo de constituição da hipoteca definitiva, a cuja averbação, nesse prazo, se há de proceder. A eficácia do acordo de constituição , uma vez averbado, é *ex tunc,* isto é, desde a data da inscrição da constituição provisória de hipoteca <Lei n. 177-A, ad. *49,* § 29, 1: "A hipoteca ulteriormente constituída decorrerá da data desta inscrição"; quer dizer: da data da inscrição da manifestação unilateral de vontade quanto à constituição do Direito real de hipoteca.

O que se disse sobre a hipoteca entende-se sobre os outros direitos reais de garantia.

Ai, todas as constituições de direitos reais são por declaração unilateral de vontade, em vez de por acordo de constituição. Portanto, negócios jurídicos unilaterais.

A inscrição da constituição de hipoteca sobre estradas de ferro faz-se no registo imobiliário do Municipio em que está situada a estação inicial da linha (Código Civil, art. 852).

Quanto à hipoteca de navios, faz-se no cartório privativo e averba-se na Secretaria do Tribunal Marítimo Administrativo (Decreto n. 15.809, de 11 de novembro de 1932, arts. 19 e 29: Decreto n. 24.585, de 5 de julho de 1934, arts. 11, *e),* e 88; hoje, Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, arts. 94, 97. 98 e 99).

Sobre a exigência da escritura pública para que se faça a inscrição provisória, cf. Tomo XX, § 2.501, 2.

Cumpre observar-se que a declaração da vontade de constituir hipoteca, ou anticrese, ou penhor, *provisôriamente* ou *definitivamente,* nada tem de bilateral. A empresa manifesta, unilateralmente, a v" „utade de constituição do direito real de garantia, que se irá incorporar nos títulos.

O expediente de algumas empresas, levadas por sugestões de advogados desconhecedores da doutrina dos negócios jurídicos unilaterais, de lavrar escritura pública, com a presença de corretor que *aceite* o empréstimo, ou a constituição de hipoteca em nome ou a favor dos *futuros* debenturistas, chega às raias do ridículo. Não se precisa da presença de ninguém, de quem aceite, porque .se trata de negócio jurídico unilateral, quer no tocante ao chamado "empréstimo", quer no tocante à garantia real. Ali, bilateralizar-se-ia, quando muito, negócio jurídico subjacente; aqui, bilateralizar-se-ia o ato unilateral de constituição, fazendo-se o *acordo.* Mais uma vez frisemos que, em vez de "empréstimo", pode ser pagamento aquilo de que se cogita.

A escritura pública, de que se precisa, é a escritura pública quanto à constituição do direito real de garantia sobre imóvel, em virtude dos princípios do direito comum (Código Civil, ad. 134, II).

A invocação do Decreto n. 2.475, de 13 de março de 1897, art. 29, *b),* do Decreto-lei n. 1.844, de 13 de junho de 1939, ad. 59, concernentes a corretores, e da Lei n. 354, de 16 de dezembro de 1895, art. 39, *b),* para se exigir a presença dos corretores na feitura da escritura pública de constituição de hipoteca *(a fortiori,* da escritura pública supérflua, evidentemente do lançamento do empréstimo), é sem qualquer fundamento. O corretor tem de funcionar nas *vendas* dos títulos ao portador, que as empresas entendam lançar sem ser por subscrição dos candidatos. Já de muito frisávamos que a escritura pública contém declaração unilateral de vontade *(Dos Títulos ao portador,* II, 393 s.). Relembremos os argumentos.

A questão de saber quem aceita, por parte dos obrigacionistas, a escritura do empréstimo, ou a do empréstimo com a promessa de hipoteca, ou somente da hipoteca, da anticrese ou do penhor, é problema teórico, que diz com a natureza da própria declaração unilateral de vontade, nos títulos ao portador e negócios jurídicos similares. O substitutivo do Senado Federal instituia fiscal, nomeado pela assembléia dos debenturistas, para curar dos interesses e concluir,

em nome deles, os atos concernentes a privilégios, hipotecas ou outras quaisquer espécies de preferências ou garantias, que segurassem o empréstimo.

Não passou, todavia, o que se propôs, a despeito de encarecimentos das comissões. Tal como a temos, a lei provocou várias opiniões: queriam uns que figurassem a sociedade e o banqueiro ou os banqueiros tomadores de empréstimo, ou um dos subscritores, numa verdadeira *negotiorum gestio* representativa, de modo, porém, que não assumissem nenhuma responsabilidade pessoal, o que destoaria do instituto; outros faziam do corretor esse gerente sem responsabilidades. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, que levantou a questão, não a resolveu.

Temos de invocar a teoria mesma do título ao portador. Todos os negócios jurídicos unilaterais não se passam entre subscritores e o *alter,* entre emissores e portadores (na espécie: futuros debenturistas) ; estabelece-se relação jurídica, depois, entre o promitente e o possuidor. A lei não tem somente aquela função geral e ordinária de reconhecer e sancionar os atos humanos de vontade; outro mister ela tem, e não menos relevante, na criação e imposição de obrigações e de direitos:

ao lado das *obligationes ex contraciu,* no sentido exatíssimo da palavra contrato, e não naquele em que coincide com o próprio fenômeno jurídico, há as *obligationes ex re* (cf. GioVANNI PACCHIONI, *Trattato deila Gestione degli aí fari altri,* 41; Sítvío PEROzZI, *Le Obbligazioni „romane,* 144).

São negócios jurídicos unilaterais, típicos, a promessa de recompensa e o titulo ao portador. As obrigações *ex male/ido* e *ex quasi male tido* dão-nos exemplos insignes. Não sabemos porque se exigir a presença de fiscal ou de subscritor, ou de banqueiro, à feitura do instrumento público de empréstimo.

~ Não temos a escritura do bem de família, em que o instituidor aparece so, como quem vai, deliberadamente, gravar os bens? ~ Não é expressiva a assinatura da constituição de fundação, em que o instituidor faz a dotação especial de bens livres, e obriga-se a si e obriga a sociedade às suas deliberações prévias e formadoras da futura personalidade jurídica? ~. Não bastaria o outro exemplo, fornecido pela própria lei dos títulos preferenciais, que permite, em certo caso, o depósito no Tesouro dos títulos de divida pública, sem a intervenção de outorgados subscritores, banqueiros ou fiscais?

Que lavre o tabelião a escritura e a faça assinar pelos representantes da empresa e pelas testemunhas: a diferença entre os instrumentos público e particular está apenas em que aquele se lança, originàriamente, nos livros do cartório por oficial de fé pública, e quando uma pessoa assina um título ao portador não precisa de outra individualidade, que a sua. A sociedade, onipresente, faz negócio jurídico unilateral o escrito, público ou particular, desde que se preencham os requisitos que ela na lei estatuiu.

Ao tratarmos do art. 1.505 do Código Civil mostramos que o próprio título ao portador pode passar-se mediante instrumento público (H. DERNEURO, *Das Bhrgerliehe Recht,* II, *1,* 382). ~ Que obstaria, pois, à garantia, hipotecária o fazer-se nos mesmos termos e moldes que aquele?

No caso (le promessa de garantia hipotecária. o manifesto necessário a subscrição já (leve conter a *data* da inscrição eventual (Lei n. 177-A, art. 2.0, pr.), antecedência que afasta qualquer idéia de haver relação jurídica entre a sociedade, que vai emitir, e os subsúritores, ou, como bem diz *a* lei, futuros portadores dos títulos (art.

40, § 2.0).

6. MANIFESTO. O manifesto é elemento essencial, quer o lançamento das debêntures se haja de fazer por *subscrição* dos candidatos quer por *venda dos títulos* sem subscrição dos oferentes. A Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, art. 29, estatui: “Autorizada assim a emissão, antes de levá-la a efeito, os administradores da sociedade publicarão na fôlha oficial e em uma das de maior circulação do lugar onde a emissão se houver de fazer” note-se “onde a emissão se houver de fazer”, e não “onde a subscrição se houver de fazer” “um manifesto anunciando: 1.0, o nome, o objeto e a sede da sociedade; 29, a data da publicação, na fôlha oficial, de seus estatutos, bem como das alterações por que tiverem passado; 39, a data da publicação oficial da ata da assembléia geral que resolveu a emissão e lhe fixou as condições, precisando-a os jornais onde esta publicação se fêz (art. 1.~, §§ 39 e 49) ; 49, o importe dos empréstimos anteriormente emitidos pela sociedade; 59, o número e o valor nominal das obrigações, cuja emissão se pretende, com o juro correspondente a cada uma, assim como a época e as condições da amortização ou do resgate, e do pagamento dos juros; 6.0, o ativo e o passivo atual da sociedade; 79, havendo bens hipotecáveis, a individuação dos que a sociedade oferece à hipoteca em garantia do empréstimo, com a data da inscrição provisória, a que se refere o art. 1.0, § 2.o~“.

“Estas enunciações”, diz o art. 2.0, § 1i~, da Lei n. 177-A, “salvo as dos ns. 6 e 7, serão reproduzidas nas listas de subscrição, bem como nas obrigações (debêntures) “.

O manifesto divulga o que se vai fazer, qual o *conteúdo* dos títulos ao portador que vão ser subscritos e emitidos.

1-lá apenas *invitatio,* o que hoje temos como a melhor explicação. Não há, aí, qualquer manifestação unilateral de vontade; há comunicação de conhecimento, com implícita *invitatio ad oflerendum.*

Se há subscrição dos que desejam títulos, a manifestação de vontade é deles. Se há prazo para a entrada do preço das debêntures desejadas, há preclusão de toda a eficácia da oferta. Se se entrega parte do preço, correspondente a menor número de debêntures, a preclusão também é parcial.

Note-se bem: a subscrição das listas é oferta de aquisição dos títulos. Os títulos, esses, negócios jurídicos unilaterais, ou já foram referidos nas listas de subscrição, ou ainda vão ser referidos, porém de modo nenhum deixam de ser negócios jurídicos unilaterais, como, pelo fato de haver oferta de aquisição do automóvel, ou do cavalo, ou do boi, não deixa de ser automóvel, ou cavalo, ou boi, aquilo que se quis comprar e se vende.

No manifesto costuma-se dizer quando se inicia e se encerra a subscrição pelos que desejam debêntures~ porém não é elemento necessário.

Lê-se no art. 2.0, § 5.0: “Em caso de inobservância das formalidades estatuidas neste artigo até o § 39, inclusivamente, o tribunal poderá, conforme as circunstâncias, pronunciar a nulidade da emissão, em benefício dos obrigacionistas”.

O art. 2.0, § 39, é aquele em que se diz que “o tipo das obrigações será uniforme em cada série”.

Se a sociedade pretende lançar os títulos em dois ou mais lugares, a publicação do manifesto é feita na fôlha oficial e noutra, de grande circulação, de cada lugar.

No manifesto há de ser dito onde se acham as *listas de subsoritores* e quais as pessoas com poderes para receber as importâncias que hajam de ser prestadas.

7. LISTAS DE SUBSCRTÇÔES. As listas de subscrições são as listas em que hão de assinar os que desejam adquirir debêntures.

As listas de subscrições são *ofertas* de compra-e-venda dos títulos ao portador que forem lançados, se não ocorrer condição resolutiva do lançamento dos títulos. Deve-se reproduzir o que se aponta no art. 2.0, §§ 1.0, 2.0, 3,0, 4~0 e 59, da Lei n. 177-A; isto é: *a)* o nome, o objeto e a sede da sociedade que vai subscrever as debêntures; *b)* a data da publicação, na fôlha oficial, de seus estatutos, bem como das alterações por que tiverem passado; *c)* a data da publicação oficial da ata da assembléia geral que resolveu o lançamento das debêntures e lhes determinou o conteúdo, com a indicação dos jornais em que se fêz a publicação; *d)* o importe dos empréstimos anteriormente emitidos pela sociedade; *e)* o número e o valor nominal das debêntures, com os juros correspondentes a cada debênture, a época e cláusulas concernentes ao resgate e ao pagamento dos juros.

Acima falamos de condição resolutiva do lançamento dos títulos. Por exemplo: se não foi entregue a subvenção estatal à empresa. Então, mesmo se foram emitidos os títulos, têm os portadores de restitui-los, recebendo o preço por que os haviam adquirido ao serem emitidos.

O art. 2.0, § 59, que diz poder ser pronunciada a nulidade da totalidade das debêntures em benefício dos debenturistas, se violada alguma das regras jurídicas do art. 2.0, §§ 1.~, 2.0 e 39, apanha as infrações que ocorrem na redação das listas de subscrição.

A subscrição está subordinada, de regra, á *cláusula "se o empréstimo for totalmente coberto",* cláusula que alguns querem resolutiva tácita a favor da sociedade. Aos subscritores não aproveitaria, porque a garantia não diminuiu, nem as circunstâncias se alteraram. Escrevia INGLÊS DE SoUsA *(Títulos ao portador,* 273) : "Se o manifesto contém declaração expressa, ou do seu conteúdo, comparado com a deliberação da assembléia geral que autorizou a emissão, deduz-se a intenção de aceitar o empréstimo de quantia, inferior à declarada, que significa apenas o máximo da emissão, os subscritores não se podem arrepender, nem reclamar as entradas feias, pelo único motivo de não ter o público concorrido ao empréstimo, cobrindo-o. O. subscritor conhecia perfeitamente as condições do manifesto, e levando a sua subscrição, conformou-se explícitamente com elas".

Não tinha, pois, INGLÊS DE SOUSA a opinião que lhe emprestou J. *X.* CARVALHO DE MENDONÇA (IV, 132). Ainda foi mais decisivo: "Mas, se tal intenção não resulta claramente do manifesto, deve-se *presumir*

que a intenção das partes foi tornar a perfeição do contrato dependente da condição da cobertura do empréstimo todo, pois que não só essa circunstância influi sobre o número de debêntures a emitir, e portanto sobre o seu resgate, como ainda sobre o valor comercial de tais títulos, dependente de maior ou menor crédito da sociedade mutuária".

Alguns autores queriam que, no silêncio do manifesto, se decidisse pela condição resolutiva tácita; mas as razões que apresentavam não convenceram. O caso deve ser tido, no direito brasileiro, como de pressuposição *(Voraussetzung),* fato notado e denominado por B. WINDSCHEID *(Die Lehre des rômisehen Rechts von der Voraussetzung,* 1 s.), consistente em condição não desenvolvida *(cine unentwickelte Redingung) :* a declaração de vontade existe, mas, não realizado o pressuposto, o resultado produzido pela declaração não coincide com o verdadeiro e próprio querer do declarante. O autor da declaração, que no caso é a sociedade autora do manifesto, pode opor *exceptio doU* ao subscritor, que veio a juízo contra a sociedade, ou fazer com que cesse os efeitos já produzidos mediante *condictio.* Os dois exemplos refulgem aos olhos: subscrição simples e subscrição com a entrega imediata das quantias, que pela *condictio* serão restituidas. Nada obsta a que a pressuposição seja tácita, pelo que se tire do conteúdo das indicações do manifesto, ou derive das circunstâncias. Frisava B.

WINDSCHEID que o pressuposto pode referir-se ao passado, ao presente e ao futuro, mas, na hipótese que nos ocupa, só o pressuposto futuro nos interessa. A fórmula psicológica da subscrição pública ajusta-se perfeitamente a da pressuposição:

quero o empréstimo, mas *pressu ponho* que o cubram. A abertura da subscrição não se reduz à simples intenção de adquirir subscritores, e sim de adquirir subscritores que preencham a quantia pedida. Nem a pressuposição contém mais do que intenção pura. Querer com determinada intenção *(iii einer bestimmten Absicht)* e querer sob a pressuposição do alcance desse intento *<unter der Voraussctzung der L"rreichung dieser Absicht „wollen)* não são, absolutamente, duas coisas idênticas.

A *condictio* pela qual a sociedade reentrega a quantia é *condictio liberationis,* pela qual se livra de entregar as debêntures e, conjuntamente, restitui as somas recebidas.

J.X. CARVALHO DE MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial ,* IV, 131) falou da condição resolutiva tácita, mas antes escreveu: "não há dúvida ser lícito desistir do empréstimo, restituindo as entradas aos

subseritores". Teríamos, então, *condição resolutiva potestativa,* o que, admitido pela doutrina no caso examinado, usurparia para a condição resolutiva outro fenômeno, diversíssimo. Na condição resolutiva, a relação jurídica está formada e perdura até que se realize a condição resolutória: se potestativa, a *vontade* da parte é o motivo da resolução. Na pressuposição, o fato é diferente e inconfundível mesmo: o que permite a *condictio* ou a *exceptio dou* não é a *vontade* da parte, mas o fato, note-se bem, de não se realizar aquilo cuja existência se pressupôs, *e. g.,* a completa subscrição. Só após a verificação da falta do pressuposto, que *é* estado de coisas *(Zust and der finge>, é* possível ao declarante usar da *condictio* ou da *exceptio doU.* Não ocorre isso nas condições resolutivas potestativas: é a vontade, de si e por si, que resolve o negócio jurídico. A essa não interessa distinguir-se da vontade efetiva a vontade verdadeira ou própria do assinante do manifesto ou futuro devedor. Ora, ninguém pode afirmar que a sociedade que deseja a inversão tenha faculdade de renunciar a ela e resolver o negócio jurídico entabolado; a conclusão, portanto, parece inevitável: a condição resolutiva potestativa não explica o fato da subscrição incompleta. Não houve condição resolutiva, mas sim, indubitavelmente , *prescrição.* A sociedade, que deseja o empréstimo . diz o quarto de que *necessita:* põe *(setzt)* a subscrição dele, como precedente à sua declaração de vontade *~vorau.s),* ainda que a sua atualidade suceda à abertura da subscrição. Outro exemplo, em que se não exterioriza condição, mas em que se pressupõe alguma coisa, é o do seguinte anúncio, que reproduzimos, a título de esclarecimento da teoria de B. WINDScHEID, e que se nos deparou num simples jornal do interior do país: "Precisa-se de *completo* aparelho para destilação de álcool, sistema até o dia 20 do próximo mês, preço p; não importa que os maquinismos pertençam a diversos donos". Riscamos-lhe o supérfluo e técnico, demos-lhe outra forma; porém, juridicamente, se equivalem. O

oferente quer aparelho completo, e melhor o exprimiu com o grupo; pouco se lhe dá que as partes sejam de donos diferentes: o que lhe interessa, e e essencial, não se cifra nas partes, mas no *todo.* Os indivíduos que lhe levam um ferro, um tubo, um termômetro, ou outra peça, do sistema x, não lhe vendem sob condição, porque ele *pressupôs* o ser completo o maquinismo. Se no dia 20 está inteiro, não pode o promitente devolver as *partes* que recebeu; mas, se não está perfeito o aparelho e no contrato de venda parcial não ficou estipulada coisa diversa do que na promessa ao público, pode o promitente recusar a tudo. Quisemos o caso encontrado; melhor seria, em vez do maquinismo, mencionar-se coisa individuada que se ache, na ocasião da promessa, em várias mãos, *e.* g.,

“Compra-se, completa, a cadeira em que se sentava Pedro 1, por ocasião dos despachos”. Cf. Tomo III, §§ 251,

„7, 261, 5.

Nos exemplos que demos, a pressuposição é expressa, mas nada impede que derive da circunstância, da própria natureza da declaração unilateral de vontade, como a subscrição de debêntures. Os intérpretes do Código Civil alemão costumam dizer que a lei civil não “conhece” ou não “cogitou” da pressuposição. Nem por isso se dirá que “aboliu” o fato.

(De acordo com a opinião que expendemos sobre se tratar de pressuposição, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por Ações,* J~, 2a ed., 184.)

Os subscritores não podem recusar-se ao pagamento das debêntures subscritas. A garantia, que se lhes dá, é a de todo o ativo e bens, ou a hipotecária, ou a anticrética, ou a pignoratícia, e o fato de não se subscrever todo o empréstimo não modifica para pior, nem para melhor a sua situação Por isso, pensou-se em violação dos princípios se a subscrição excede o quanto pedido e a sociedade resolve contrair, de uma vez, todo o empréstimo subscrito: ai, não só se diminuiria a garantia, como se imporia ao subscritor parte menor, relativamente, do que ele assinou. O processo legítimo para decidir, nas forças do empréstimo, *é* o de rateio, salvo se os prospectos ou manifestos apontarem outro processo. O normal é encerrar-se a subscrição esgotado o número de debêntures a serem subscritas.

A qualidade ou quantidade dos outros subscritores não interessa aos que subscrevem; no caso de subscrição incompleta, a sua *parte* na garantia continua de ser a mesma como se o empréstimo fora completo: o ato ou resolução da sociedade no intuito de criar outra ordem de coisas é que dará ao subscritor o direito a riscar o seu nome na lista e reaver o que porventura pagou. A situação de quem subscreve não é juridicamente muito diversa da de quem compra os títulos na Bôlsa: a subscrição substitui-se, então, pela venda pública, e como o comprador não tem a faculdade de desfazer a compra, se a sociedade emissora não consegue *vender* todas as debêntures, também o subscritor não o tem em caso de ser incompleta a lista para o quanto pedido. Outra solução se dá na subscrição de ações, porque essas dependem, visceralmente, da situação *quantitativa.* Posso querer uma ação de uma sociedade de cem milhões de cruzeiros de capital e não de outra que tenha apenas cinqüenta .

A sociedade pode excluir previamente os efeitos jurídicos da pressuposição , porque só a ela interessa. A pré-exclusão pode ser expressa, ou derivar dos termos em que se redigiu o manifesto.

A emissão pode ser entregue a um banco ou a sindicato. A pressuposição só aproveita à sociedade que planejou o lançamento das debêntures. Não, aos subscritores das listas. Para esses, ser menor o número de debêntures emitidas não os prejudica.

Por outro lado, desde que a sociedade *entregou* títulos a algum subscritor, ou o corretor os entregou, não mais cabe qualquer alegação de pressuposição. Aí ressalta a diferença entre a *pressuposição* e a *condição resobttiva,* mesmo se tácita.

8. VENDA PÚBLICA DE DEBÊNTURES. A assembléia geral dos acionistas pode deliberar que as debêntures sejam lançadas em *venda pública.* Prescinde-se da *invitatio* às listas de subscrição. Feitas as necessárias inscrições e publicado o manifesto, está apta a sociedade a subscrever isto é, a criar as debêntures, que são títulos ao portador. O art. 2.0, § 6.0, da Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, previu a espécie: "Nos casos de venda pública de obrigações, os cartazes, prospectos, anúncios e circulares, bem como as notas de compra, conterão as declarações exigidas para a emissão neste artigo, ns. 1 a 5".

A *venda pública* das debêntures pode ser pela própria sociedade, ou em bôlsa, ou por intermédio de corretor, fora dela, ou por intermédio de banco.

O art. 2.0, § 6.0, da Lei n. 177-A cogitou do modo mais simples, que é o da venda pela própria sociedade subscritora. Escusado não é advertir-se que a lei federal para todo o Brasil, que é a Lei n. 177-A, de jeito nenhum se referiu, menos ainda exigiu que as vendas públicas sejam feitas, sempre, por algum corretor.

O antigo Distrito Federal e hoje Estado da Guanabara, bem como os Estados-membros que aplicam a legislação da praça do Rio de Janeiro como lei também sua, estabeleceram privilégio a favor dos corretores, mas tal privilégio somente pode ser entendido para afastar a corretagem por parte de corretores não-oficiais. Se interpretássemos o Decreto n. 2.475, de 18 de março de 1897, art. 29, *b),* 2A parte, como excludente das *vendas públicas* pela sociedade, ou pelo banco, admitiríamos a derrogação de lei federal para todo o Brasil por lei federal local (infração do princípio de isonomia, Constituição de 1946,

art. 141, § 19) ou estadual, o que seria absurdo.

A Lei n. 177-A, art. 29, § 6.0, permite a venda pública de obrigações ao portador. Faculta-se, assim, à sociedade, o realizar o empréstimo, à proporção que precisa de fundos; porém é perigoso, economicamente : não tendo conseguido, pela subscrição, a tomada prévia, a contínua aparição dos títulos na bôlsa, ou a oferta de grande quantidade, pode não só provocar. desde o início, a diminuição do valor, como suscitar especulações e golpes. A lei só tratou da venda pública (art. 2.0, § 6.~), de feição que o corretor somente pode realizá-la, depois de feitas as debêntures e admitidas à cotação, e os prospectos, cartazes, anúncios e circulares e as próprias notas de contas devem conter as mesmas declarações que as listas de subscrição pública.

No caso de violação de tais exigências, os diretores da sociedade, o banco ou corretor, a quem fôr imputável, responde por perdas e danos (Lei n. 177-A, art. 2.0. alínea 2.¶.

(Conforme dissemos, a redação da Lei n. 177-A é péssima. A despeito, por exemplo, de se falar, no art. 2.0, §

69, de "violação dêste artigo", o que se há de entender é "violação da alínea acima". Não se disse que o negócio jurídico da venda seria nulo, como foi estabelecido, antes, no § 59, a propósito de alguns requisitos do manifesto, da lista de subscrição e dos próprios títulos.)

9.VENDA PARTICULAR DE DEBÉNTURES. A assembléia geral pode deliberar que os títulos sejam vendidos particular-mente. Assim sustentava SPENCER VAMPRÉ *(Tratado Elementar de Direito Comercial,* II, 331). Pode a sociedade precisar de imediato cobrimento da quantia a que se refere a totalidade das debêntures e haver banco ou outro estabelecimento. ou grupo ligado à sociedade, que se *vincule,* desde logo, à subscrição integral, ou, até, que adiante alguma percentagem do total. As empresas de investimentos ou empresas inversionistas costumam assegurar a tomada de todas as debêntures imediatamente após a subscrição dos títulos pelo órgão ou pelos órgãos sociais. Além disso, nada obsta a que o lançamento se faça após consulta aos acionistas e subscrição prévia, de modo que apenas se tenha de distribuiu aos acionistas subscritores a massa dos títulos.

Ainda mais. Não há óbice legal a que se prevejam a subscrição e a guarda dos títulos em carteira, ou em estabelecimento de crédito, para que se possa, com elas, levantar dinheiro, ou fazer pagamentos, ou para as vender nos momentos que sejam mais propícios. Só a

assembléia geral pode resolver a respeito.

Tais facilitações, que são legitimas, não podem ser interpretadas como dispensa da publicação do manifesto, no que não andou acertado SPENCER VAMPR~ *(Tratado Elementar de Direito Comercial,* II, 831). O manifesto e a sua publicação são exigências independentes da escolha do modo de lançamento. Não se pode infringir o art.

29, pr., da Lei n. 177-A, sem se tornar invocável o art. 2.0, § 59, a propósito de nulidade, decretável em beneficio dos debenturistas.

§ 3.814. Sanções de nulidade

1.NULIDADE, NO TOCANTE À ASSEMBLÉIA GERAL E A ATOS DA ASSEMBLÉIA GERAL. O

funcionamento das sociedades por ações há de ser na conformidade das leis e dos estatutos. Supõe -se que a sociedade exista, que sejam existentes e válidos os seus atos e que, no tocante à subscrição e à emissão das debêntures, se hajam respeitado a Lei n. 177-A e as outras leis que acaso atinjam a matéria.

Se a sociedade não é por ações, não pode subscrever e emitir debêntures. O público fica informado de tudo isso pelo *manifesto.* No Capítulo III cogitaremos das chamadas "obrigações portuárias".

No art. 1.0, § 39, da Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, diz-se que o valor total das emissões de uma companhia não excederá ao do capital estipulado nos seus estatutos. Não há, porém, a sanção de nulidade da emissão, pois o art. 19, § 79, que se refere às nulidades, não se referiu ao § 3.0: só é atinente aos §§ 50 e 6.0.

A respeito das infrações do art. 19/§§ 59 e 6.0, têm legitimação à ação de nulidade os acionistas, os subscritores e os debenturistas. A própria diretoria da sociedade pode pedir a decretação de nulidade por ter funcionado algum órgão sem legitimidade para o ato ou os atos que praticou. Cumpre ter-se sempre em vista o *principio da inoponibilidade de objeções e exceções ao possuidor de boa fé perante o subscritor,* aí sociedade subscritora das debêntures.

2.SANÇÃO DE NULIDADE CONFORME O ART. 29, § 59, DA LEI N.

177-A, DE 15 DE SETEMBRO DE

1893. O art. 2.0, § 59, da Lei n. 177-A, que se refere ao *manifesto* e à sua *publicação* (art. 2.0), às *listas de subscrição* (art. 29, § 1.0), às *debêntures* (art. 29, § 2.0), quanto aos seus *requisitos formais,* e ao *tipo* de cada série, que há de ser uniforme (art. 29, § 3.0), considera causa de nulidade a infração de qualquer regra jurídica contida no art. 29, no § 19, no § 29 e no § 39. E diz:

"o tribunal poderá, conforme as circunstâncias, pronunciar a nulidade da emissão em benefício dos obrigacionistas". Alguns pontos precisam ser esclarecidos. A Lei n. 177-A, em sua terminologia, revela bem parcos informes sobre a teoria

dos títulos ao portador e sobre as emissões de debêntures. O primeiro ponto é o do conceito de "nulidade", no art. 29, § 59~ ~ Trata-se de invalidade ou de ineficácia? Respondido que se cogitou de invalidade, e não de ineficácia, há outro ponto: ~a invalidade é por nulidade, ou por anulabilidade? A dívida somente surge devido ao resto da frase „em benefício dos obrigacionistas", depois de se falar de *poder* o tribunal decretar a nulidade.

Se assim é, dir-se-á, não se pode pensar em nulidade i *so jure.* Em verdade, porém, o "em benefício dos obrigacionistas", que aparece no art. 29, § 52, como no art. 1.0, § 70 não deve ser interpretado como pré-

-excludente daquelas ações que sejam do *interesse* da sociedade, ou dos acionistas, como se a assembléia geral não resolveu o que se lhe atribui, ou se a assembléia geral foi constituída contra a lei, ou sem o respeito do quorum ou da maioria que a lei reputou essencial. Apenas na linguagem medíocre dos redatores da lei se tentou pôr claro que os obrigacionistas também são legitimados, se há necessidade da tutela jurídica. Por outro lado, afasta-se qualquer decretação de nulidade que seja prejudicial aos debenturistas.

Quanto ao "poderá . . . pronunciar a nulidade", havemos de entender que o legislador deixa aos juizes a verificação do interesse dos autores ou do autor da ação (necessidade da tutela jurídica.) e da praticabilidade da desconstituição , sem inconvenientes para os interesses do público. Por outro lado, às vezes ocorre que pode ser praticado o ato que se deixou de praticar, ou corrigido o defeito com que o praticaram.

Problema sério é o da alegabilidade da nulidade da subscrição dos

títulos pelo órgão social sem poderes suficientes. A sociedade devia providenciar a tempo; se não providenciou. não pode opôr a objeção de nulidade ao possuidor de boa fé perante ela.

.3. SANÇÕES EM GERAL. Há nulidade, alegável pelos debenturistas, se ocorreu: *a)* falta de autorização da asseml)léia geral; *b)* omissão da publicação do manifesto antes da emissão; *e)* falta de qualquer dos informes do manifesto; á) omissão dos requisitos legais nas listas de subscrição .) o não estarem especificados e individualizados, legalmente.

os títulos provisórios ou definitivos das debêntures; 1) não-uniformidade no tipo das debêntures de cada série. A nulidade. na maioria dos casos, só aproveita aos debenturistas, dependente de ação de nulidade. Não a tem o subscritor ou o debenturista sempre que se tiver infringido a lei: faz-se mister o seu *erro* . Além disso, fica ao alto critério da justiça julgar da necessidade social, econômica e, digamos até, moral, da nulidade, no pesar as vantagens e desvantagens, a imputabilidade ou não, e decretar a não-vinculação dos subscritores ao que têm de pagar, ou a condenação da sociedade à restituição das prestações entregues.

Produz nulidade, mas essa absoluta, o infringirem-se, na cláusula do resgate das obrigações emitidas com prêmio de reembolso por sorteio, as regras jurídicas do art. 69 da Lei n. 177-A. As declarações que se devem consignar, por ocasião da venda pública de debêntures, nos cartazes, prospectos, anúncios, circulares e notas de compra, não constituem requisitos essenciais; a omissão não acarreta nulidade, mas apenas responsabilidade solidária dos administradores ou corretores pelas perdas e danos (art. 29, § 69).

4. AÇÃO PROPOSTA I < ELOS DEBENTURISTAS. Há *comunhão de interesses* entre os debenturistas, porque o lançamento das debêntures obedeceu às mesmas exigências e têm elas a mesma *série* e o mesmo *tipo.*

O Decreto-lei n. 781, de 12 de outubro de 1938, art. 12, fêz *facultativa* a organização da comunhão de interesses:

“Os empréstimos por obrigações ao portador (debêntures) contraídos pelas sociedades anônimas, ou em comandita por ações, ou pelas autorizadas por leis especiais, criarão, quando tal condição constar do

manifesto da sociedade e do contrato devida-mente inscrito, uma comunhão de interesses entre os portadores dos títulos da mesma categoria, a saber, emitidos com fundamento no mesmo ato, subordinados às mesmas condições de amortização e juros, gozando das mesmas garantias", O assunto merece trato especial.

Se não há a organização da comunhão de interesses, há a comunhão de interesses *inorganizada,* pois que se trata de títulos ao portador em série, de concepção e tipo comuns, nem por isso se há de vedar o exercício da ação de nulidade, que cabe a cada um. A própria Lei n. 177-A, art. *49,* § 2.% refere-se a comunhão dos futuros portadores" das debêntures; e no art. 59 estatui que, "no caso de insolvência ou liquidação da sociedade anônima e tratando-se de resgate das obrigações (debêntures) emitidas, é válida a proposta de acordo que a respeito fôr aceita e assinada por obrigacionistas, representando mais de dois terços do débito total emitido".

A solução é propor algum debenturista, ou proporem alguns debenturistas a ação que consideram ter, citados os demais. De regra, a citação é edital. O art. 90 do Código de Processo Civil incide.

5. SUBSCRITORES PARA AQUISIÇÃO DE DEBÉNTURES E DEBENTURISTAS. A legitimação de direito material, que têm os debenturistas, têm-na também os que constam da *lista de subscritores,* com observância do que no manifesto se exigiu.. A razão está em que a comunhão de interesses não começa somente da entrega dos títulos, mas antes, ao se apresentar quem se oferece à aquisição das debêntures. Tal apresentação pode ser para a subscrição, de modo que o interesse de cada um pode nascer ao se apresentar para subscrever ou para outro ato de oferta. Se o interesse foi ferido apenas a um ou a alguns, isso não afasta a legitimação de quem se apresenta, de quem subscreveu ou de quem está de posse da debênture. A ação pode só ter surgido a um, ou a alguns, por ter havido, quanto aos outros apresentados, subscritores ou possuidores.> o tratamento devido.

Resta saber-se se, antes da posse das debêntures, já se pode *organizar* a comunhão de interesses. *Ex hypothesi,* o interesse é de todos. O Decreto-lei n. 781, de 12 de outubro de 1938, art. 1.0, só se refere ao *quod plerum que fit,* que é o caso da ofensa após a posse dos títulos ao portador. Porém a interpretação da lei há de ser no sentido da aplicabilidade da regra jurídica do Decreto-lei n. 781, art. 1.0, *sempre* que surja comunhão de interesses, isto é, sempre que todos os apresentantes, ou subscritores, tenham o *mesmo* interesse.

Se, no manifesto, se estabeleceu a comunhão de interesses (o que só se há de entender para cada série), todos os comuneiros ou interesse estão ligados aos deveres, obrigações, direitos e pretensões resultantes da lei.

2.EXIGÊNCIAS PARA A SURTE. Além da uniformidade em relação ao tipo, exige-se que as debêntures da nova serie somente se possam lançar depois de subscrita e tomada a anterior (Lei ix 177-A, de 15 de setembro de 1893, art. 29, § 40. Não é lícito abrir emissão de série nova antes de subscrita realizada a anterior"). Não há sanção de nulidade, pois e art. 29, § 50, não se refere ao $ 40 (sem razão, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por Ações,* J~, 2.~ ed., 191). A expressão "não é lícito" que está no art. 29, § *49.* não significa sanção de nulidade, tanto mas quanto pode não haver prejuízo resultante da infracão. Os debentunistas é que têm ação corra a sociedade para impedir a emissão da série nova *(e.* □ *q., a* ação cominatória do art. .302.

XII, do Código de Processo Civil).

Se a sociedade por ações resolve fazer emissão de debêntures, é preciso que a série anterior esteja subscrita e emitida (Lei n. 177-A, art. 2.0. § 4.0) Pol‟ outro lado, é exigido que a soma das emissões, inclusive a que por último se faz, não exceda o capital que se fixou nos estatutos.

A expressão "série" refere-se a cada lançamento de debêntures, a que corresponde *inanifeuto.* e não a classes de debêntures dentro do mesmo plano. A uniformidade exigida é dentro de cada lançamento, e não há qualquer inconveniente em que a lei chame "série" o total de debêntures de cada subscrição e emissão de títulos. A série E pode ser de tipo diferente, em relação à série A. e a série C, em relação à série A e á serie B.

A assembléia geral pode autorizar, e. *g.,* o lançamento de três séries (A, E e C), porque as necessidades de conversão financeira podem ser eventuais. Assim, A tem, cogentemente. i mesmo por e E, que também há de ter o seu tipo, igual ou diferente do tipo de A, somente pode ser lançada depois de realizada a emissão A.

Procurou-se sustentar que o "empréstimo" com subscrição e emissão de debêntures é contrato real, o que se há de repelir pela confusão que se revela entre a classificação dos negócio~ jurídicos unilaterais, que estão nas debêntures, e a classificação do possível negócio jurídico

subjacente, que poderia ser de empréstimo, ou não, ou, até, não ter existido. Sem razão, 3. X. CARVALHO DE MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial,* IV, 111). Por outro lado, parcos em conhecimentos sobre os negócios jurídicos unilaterais, SOnSA Rmrmo e CARLOS DE CARVALHO (pareceres de 21 de junho e 4 de julho de 1894, respectivamente, *Jornal do Comércio* de 8 de julho) e Rui BARROSA (parecer de 3 de março de 1896, *Gazeta Jurídica* de São Paulo, 43, 128-132, e *1?. F.,* VI, 131; também SOnSA RIBEIRO, a 25 de fevereiro) pretendiam que o fundo de reserva não pudesse ser bonificado, em debêntures, aos acionistas. Com razão, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE

<*Sociedades por ardes,* II, 177).

§ 3.816. Privilégio e direito real incorporado no título

1. PrívíLeGío GERAL. A lei atribui às debêntures privilégio geral. Tal privilégio é sobre o *ativo* da sociedade por ações. A empresa continua com o *poder de dispor* do~ bens que compõem o seu patrimônio. Isso não quer dizer que os portadores de debêntures não possam alegar fraude contra credores (Código Civil, arts. 106-113), ou a ineficácia relativa dos atos praticados *(e. g.,* Decreto-lei n. 7.661. de 21 de junho de 1945, art. 52), ou a revogação <art. 53).

Sob a Lei n. 3.150, de 4 de novembro de 1882, as debêntures não tinham privilégio geral. O privilégio geral surgiu com o Decreto n. 164, de 17 de janeiro de 1890, art. 32, §§ 29 e 39. Havia interpretação que dava ao Decreto n. 164 e ao Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. 59, § 1.Õ, inciso 1, a extravagante atitude de ser o privilégio em relação aos próprios direitos reais anteriormente constituídos, o que o Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 220, *1”>,* cortou cerce. Reafirmou-o, e não podia deixar de reafirmá-lo, o De.ereto n. 916, de 24 de outubro de 1890, art. 70, 1, a). O privilegio geral fora estabelecido para que se não precisasse gravar os bens. Portanto, com certa *dispositividade,* sem se afastar a *cumulatividade.*

No caso de abertura da falência da sociedade subscritora, regem os arts. 102, § 3□0, 1, e 26 do Decreto-lei n.

7.661.

Para que o privilégio se estabeleça é preciso que tenha havido a inscrição, no Registo de Imóveis da sede da sociedade subscritora (Lei n. 177-A, art. 4.0), o que qualquer subscritor ou oferente pode

promover (art. *49,* §

39: “Qualquer obrigaclonista poderá promover a inscrição do empréstimo e sanar as ladinas, irregularidades ou inexatidões ocorridas na inscrição feita pelos diretores. Neste caso, o oficial do registo notificará à administração da sociedade para que lhe ministre as indicações e documentos convenientes”).

Se o lançamento só tem, sob privilégio geral, o ativo e os bens da sociedade, essa não perde a faculdade de hipotecar, dar em penhor ou anticrese qualquer dos seus bens. A situação é de simples privilégio geral: só a hipoteca, a anticrese, ou o penhor, constituído em garantia, passaria à frente daqueles credores, se posteriores à inscrição.

2. Direito REAL DE GARANTIA. 2 Se a hipoteca se fêz, os debenturistas, além do privilégio geral, conforme o art. 1.0. § 12, da Lei n. „77-A, têm o direito real limitado sobre os bens hipotecados, de acordo com o estabelecido, nos termos do, art. 19, § 2.0.

Podem ser objeto de hipoteca: os imóveis; as pertenças dos imóveis conjuntamente com êles o domínio direto; o domínio útil; as estradas de ferro; as minas e pedreiras, independentemente do solo, onde se acham (Código Civil, art. 810) os navios, muito embora que ainda em construção (Código Civil, art. 825).

Nôvo lançamento pode ter como garantia os mesmos bens hipotecados, porque a lei faculta segunda hipoteca (Código Civil, art. 813: “Salvo o caso de insolvência do devedor, o credor da segunda hipoteca, embora vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira”; parágrafo único: “Não se considera insolvente o devedor, por faltar ao pagamento das obrigações garantidas por hipotecas posteriores à primeira”).

O lançamento pode ter garantias: *a)* pelo privilégio geral e pelo direito real de hipoteca, ou de anticrese, ou de penhor; *b)* pelo privilégio geral somente; *e)* pelo direito real, com exclusão do privilégio geral, desde que a sociedade na escritura t nos prospectos da subscrição, declare que o negócio jurídico unilateral não terá privilégio sobre *todo* o seu ativo e bens, porém apenas sobre certos e determinados bens, que ela oferece como *garantia única.* Na falta de declaração expressa, entende-se dado o privilégio geral do art. 1.~, § 1.0.

Dissemos anteriormente que a garantia anticrética não é impossível, mas anômala: com esfôrço podemos compor espécie, que componha *ratio essendi* às palavras do legislador, embora frágil. Para haver

anticrese, fora preciso que o devedor. ou outrem por de, entregasse ao credor imóvel, e lhe cedesse o direito de perceber, em compensação de dívida, os frutos, e rendimentos (Código Civil, art. 805) ; mas o credor anticrético pode arrendar a terceiro o imóvel; mantém, todavia, até ser pago, o direito de retenção (Código Civil, art. 806).

Assim, pois, podem as sociedades, na escritura, dar em anticrese imóveis, que serão fruídos diretamente pelos debenturistas, organizados, talvez, em sociedade, ou por alguém que se designe nas próprias debêntures e na escritura. J. X. CARVALHO DI MENDONÇÁ *(Tratado de Direito Comercial* IV, 95) não procurou espécie que justificasse as palavras do legislador, aliás muito contra seus hábitos de intérprete: "A lei fala também da garantia anticrética e pignoratícia. Atendendo, porém, a que não há anticrese sem que o imóvel passe para o poder do credor, ~como será possível operar essa tradição para os obrigacionistas? Atendendo, ainda, a que se dá a mesma coisa com o penhor, &como constituí-lo?" E insistia o douto comercialista:

"Que o penhor oferecido em garantia do empréstimo não pode ficar em poder da sociedade, a Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, nos diz com a expressa disposição do art. l.~, § 40 n. 8, resolvendo caso análogo. Se se admite o penhor de coisas móveis em garantia desse empréstimo, como fazer a inscrição especial, se esta não existe para o penhor? A lei somente podia referir-se ao *penhor agrícola ,* conforme explicou a Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908 (ad. 91)".

(De passagem observemos que a inscrição, a que se refere a Lei n. 177-A, é concernente *a qualquer* penhor. As debêntures somente tém direito real de garantia, inclusive direito de penhor, se houve inscrição. A inscrição de que cogita a Lei n. 177-A nada tem com as outras formalidades registárias . nem alude a elas.) Quanto à anticrese, *já* discordamos: Anômalo, ao primeiro lance; não, porém, absurdo ou impossível. Não se diga que argumentamos com o texto posterior, do Código Civil; já assim era no direito anterior: L. 11, § 1.~, D., *de pignoribus et hvpoth.ecis et qualiter ea contraliantur et pactis eorum,* 20, 1: "Si fada sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, 00 usque retinet possessionem pignoris loco, donce ilil pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque". Cf. CORREIA TELLES *(Diz gesto português,*

§ 1.237: "O credor pode dar de arrendamento o prédio do penhor anticrético"); COELHO DA ROCHA *(Instituições de Direito civil*

português, II, 526) ; e LAFATETE RonaiGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* II, 27).

A garantia anticrética pode ser só, ou coexistir com alguma hipoteca ou penhor. Faz-se mister o registo.

Quanto ao penhor, além do agrícola *(síricto sensu),* há o pecuário, que a lei permite ficar em mãos do devedor (Código Civil, art. 769), e que é espécie do gênero penhor agrícola *(lato seneu).* Todavia, os outros penhores são possíveis, como os de diamantes, ou outras pedras preciosas, ou de títulos de crédito.

E a lei não merece saques: no próprio art. 1.0, § 40, inciso *89,* há uma referência, na hipótese de a emissão exceder o valor do capital, ao penhor de títulos de divida federal, dos Estados-membros ou dos Municípios, cujo vencimento coincida com o das debêntures, por meio de depósito no Tesouro ou em repartição da Fazenda Federal nos Estados-membros, até ao seu resgate. Ora, ai temos processo de se garantir, com bens móveis especializados, a dívida. Na anticrese, se admitimos a fruição pelos portadores, mediante resolução deles, nada obstaria a que, reUnidos em maioria, decidissem sobre o depósito; ou a escritura, prêviamente, designasse o Tesouro. Impossibilidade, portanto, não há; e sempre será de proveito evitar-se às leis a pecha de absurdo.

Lê-se no art. 1.0, § 1.0, 1, da Lei n. 177-A: "Liquidando-se a sociedade, os portadores dessas obrigações (obrigacionistas) serão pagos antes de quaisquer outros credores, o~ quais não serão admitidos senão depois de recolhidas todas elas, ou depositado o seu valor".

Uma vez que se abre *concurso de credores,* civil ou falencial, ou *liquidação voluntária* ou *coativa,* há a tutela jurídica dos debenturistas, no tocante ao privilégio geral. Se ocorre qualquer desses fatos antes da entrega dos títulos ao portador, já se tem de atender ao terem os subscritores, ou oferentes da compra, prestado o preço ou parte do preço.

A sociedade subscritora pode alienar bens, ou praticar outros atos, que façam flutuar o ativo (Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de fevereiro de 1903, *São Paulo J.,* 1, 210), razão por que a jurisprudência e a doutrina inglêsas chamam ao privilégio geral *floating security,* mas há a defesa dos debenturistas contra as alienações e outros atos lesivos que revelem dolo. No direito inglês, costuma-se inserir a cláusula de não alienar ou praticar outros atos que possam comprometer o privilégio geral. Entendem alguns que isso se pode adotar no direito brasileiro

(J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial,* IV, 100; SPENCER VAMPRÉ, *Tratado Elementar de Direito Comercial,* II, 316; TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por Ações,* II, 165) ; mas a própria inscrição no Registo de Imóveis não atribuiria eficácia contra terceiros, porque não se pode confundir privilégio geral com direito real de garantia (certos, SPENCER VAMPRÉ, *Tratado Elementar de Direito Comercial,* II, 316; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações,* 167, nota 3, sobre o *pactum de non alienando,* inconfundivel com a inalienabilização pela cláusula de inalienabílidade que se refere a determinado bem; sem razão, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por Ações,* II, 165). AA ações que têm debêntures são as que resultam do privilégio geral, incluídas as ações cautelares contra a sociedade subscritora.

Discute-se se pode ser dada garantia real com pré-eliminação do privilégio geral. A favor da afirmativa, J. X.

CARVALHO DE MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial,* IV, 103), SPENCER VAMPRÉ *(Tratado Elementar de Direito Comercial,* II, 317) e nós *(Dos Ti ttdos ao portador,* II, 389) ; contra, TEAJANO DE

MIRANDA VALVERDE *(Sociedades por ações,* II, 166). Terceira opinião, insustentável, era a de CARLOS

DE CARVALHO *(Nova Consolidação das Leis Civis,* art. 1.031, § 2.0) que punha a alternativa: se há garantia real, não há o privilégio.

O direito real de garantia, que se constitui a favor dos debenturistas, só tem eficácia que não fira os direitos reais de garantia e outros direitos reais limitados que se hajam registado antes da inscrição a favor dos debenturistas.

É como se há de entender o art. 1.0, § 1.0, II, da Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893: “A preferência assegurada aos obrigacionistas não prejudica aos credores hipotecários, anticresis tas e pignoratícios, quanto às hipotecas, às anticreses e aos penhores anteriores e regularmente inscritos”.

Os direitos reais de garantia constituídos a favor de terceiros após a subscrição têm a eficácia que lhe atribue os princípios gerais do direito das coisas: se não houver inscrição de direito real de garantia, têm toda a eficácia; se houve e podia ser feita inscrição de outro direito real na garantia, a eficácia é após a do que fora anteriormente inscrito *(e. g.*. segunda hipoteca).

A garantia real pode ser dada por terceiro.

Também é de admitir-se a garantia fidejussória *(e. g.*. a União, o Estado-membro ou o Município afiança as debêntures, caso em que a garantia pessoal se incorpora nos títulos).

"A prioridade entre as séries de obrigações emitidas por uma companhia", diz a Lei n. 177-A, art. 4□0, § 1.0, alínea □

.a: "A inscrição é

1 a, "se firma pela ordem da inscrição, nos termos dêste artigo". Acrescenta a alínea 2

essencial para esse fim, assim como para a preferência contra terceiros".

8.DEBÉNTUBES NÃO COLOCADAS. As debêntures não colocadas (= debêntures não tomadas) são debêntures *perfeitas* (= foram subscritas), de modo que na cártula se incorporou a promessa (não o crédito) e na cartula se vai incorporar o direito real de garantia. Os juristas que se espantam ou hostilizam a afirmação de existir *constituição* de direito real de garantia antes da posse do portador de boa fé não atendem a que, à diferença do crédito (que supõe relação jurídica entre o possuidor de boa fé e o subscritor), ao direito real de garantia corresponde relação jurídica entre o dono dos bens e todas as pessoas que venham a possuir o titulo, de boa fé perante o subscritor; e nada obsta a que se veja titular de direito real sObre os próprios bens. O gravame já está *feito.* Não há, ainda, o efeito, a que corresponda o crédito e, pois, o direito real de garantia. Se por algum modo o subscritor toma posse do titulo de crédito *como tal,* e não como simples cártula destinada à emissão, como se empenha a debênture , já existe o debenturista, que coincide ser o próprio subscritor. É preciso distinguir-se da situação do subscritor que guarda os títulos *subscritos* ainda por serem emitidos a situação do subscritor que se faz titular da posse própria, como, o que empenha o título. O valor de que lançou mão para obter o penhor é valor do titulo possuido por alguém como titulo-valor, e não o valor do papel com o escrito, *ainda por ser utilizado.*

(Aos juristas que não vêem a diferença entre a posse do subscritor que ainda não emitiu o título, nem dele se utilizou como *tal,* e a posse do subscritor que adquiriu a posse de portador, ou se utilizou do título *como tal,* devemos lembrar que a esses *portadores* dos títulos que subscreveram tanto o sistema jurídico lhes reconhece *posse de portador* que, ao tratar das assembléias gerais de debenturistas, lhes *tirou* a

participação no quorum.

Basta ler-se o art. 21 do Decreto-lei n. 781, de 12 de outubro de 1938.)

§ 3817. Pressupostos formais das debêntures

1. DEBÉNTURES E SEUS PRESSUPOSTOS. Já vimos o que é que há de preceder à subscrição e à emissão das debêntures.

A sociedade por ações há de ter capacidade para esses negócios jurídicos unilaterais. Resta-nos tratar os pressupostos formais dos próprios títulos.

2.PRESSUPOSTOS FORMAIS. São pressupostos formais: a) o nome, o objeto e a sede da sociedade; i» a data da publicação, na fOlha oficial, dos estatutos e das alterações por que tiverem passado; *c)* a data da publicação oficial da ata da

assembléia geral que resolveu a emissão e lhe fixou as cláusulas, com a indicação precisa dos jornais em que se fêz tal publicação; *d)* o importe dos empréstimos anteriormente emitidos pela sociedade, o que serve à designação da série; *e)* o número de títulos em que se divide o importe total, o número de ordem e o valor nominal das debêntures, com o juro correspondente; *f)* a época do resgate e as cláusulas concernentes a ele; g) a época do pagamento dos juros; *h)* a data da inscrição no Registo de Imóveis; *i)* a individuação dos bens que tenham sido dados em garantia real e as datas das respectivas inscrições no Registo de Imóveis; *j)* os cupões correspondentes aos juros, estampados à margem dos títulos, com numeração; *k)* a assinatura do próprio punho de um administrador, pelo menos. De um administrador, pelo menos; entenda-se: do órgão competente para subscrever, apresentando a sociedade subseritora, ou do representante que haja recebida poderes especiais para isso (Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, art. 2.~, § 2.0: “Os títulos de obrigação (debêntures), além das especificações expressas neste artigo, na. 1, 2, 3, *4,* 5 e 7, terão estampados à margem, numeradamente os cupões correspondentes ao pagamento periódico dos juros, acrescendo a esses requisites: 12, a designação da série a que a obrigação pertencer; 22, o seu numero de ordem; 8.o, a data da inscrição do empréstimo no registo geral (art. 42) ; 49, a assinatura de um administrador, pelo

menos").

3.CAUTELAS OU TITULeS PROVIsÓRIOs. Pode ser que haja conveniência de a sociedade por ações, que lança as debêntures, apenas fazer, provisoriamente , as chamadas *cautelas.* Hão de ter os mesmos pressupostos formais dos títulos definitivos, sem os cupões (Lei n. 177-A, art~ 22, § 7.~: "Aos mutuantes para sua garantia, enquanto lhes não forca, entregues as debêntures, poderá dar a sociedade mutuária títulos provisórios, os quais terão os mesmos requisitos dêste artigo, § 2.0. menos os cupões, e que serão equiparadas às debêntures para todos os efeitos").

As cautelas podem corresponder a duas ou mais debêntures, de modo que há a vantagem, para a sociedade subscritora, de não ter de criar títulos que sejam de unidades. Embora cártulas de dois ou mais negócios jurídicos unilateral as cautelas circulam ao portador, têm a eficácia que teriam os títulos definitivos. Apenas, os juros são cobrados, sem a apresentação da cautela, mediante *recibo.*

§ &818. Deveres das empresas subscritoras após a emissão

1. DEVERES COMUNS. À posse de boa fé por parte de qualquer pessoa nasce a relação jurídica de divida. A atitude, que se há de exigir à sociedade subscritora e emissora, é a de qualquer devedor, se tem de pagar a quem apresente o titulo e pagar juros contra recibo, se ainda não há cupões, ou contra *a* entrega dos cupões.

Tem a sociedade subscritora e emissora poder de dispor dos bens que apenas estão sujeitos ao privilégio geral, porém de modo nenhum lhe é dado malbaratar os bens e fraudar os debenturistas.

2. DEVER DE PUBLICAÇÃO DO BALANÇO. Apõe que o privilégio geral não retire o *poder dc dispor,* exige a lei que a sociedade subscritora e emissora mostre o estado da sua economia, em cada semestre. Daí a regra jurídica do art. 2.0. § 8.0, da Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893: "As sociedades anônimas que emitirem obrigações ao portador publicarão, na primeira quinzena de cada semestre, o balanço do seu estado no último dia do anterior". Trata-se de uma obrigação da empresa. Qualquer debenturista pode fazer intimar-se a sociedade, ou propor ação cominatória contra ela (Código de Processo Civil, art. 302, XII).

3. INSOLVÊNCIA OU LIQUIDAÇÃO. Se a sociedade é sujeita à decretação de abertura da falência, tem de atender à legislação especial. Se não no é, ou há concurso de credores civil, ou a liquidação coativa.

Surge aqui o problema da *concordata preventiva.* Hoje, não há óbices legais, salvo se *lez speciaiis* impõe a liquidação coativa, ou se o concurso de credores é civil. Os créditos dos debenturistas são de grande pêso e qualquer proposta de *acordo* ou *concordata preventiva* ou *suspensiva* depende de assembléia geral dos debenturistas, na qual se manifestem favoravelmente debenturistas cujos créditos sejam mais de dois terços do total emitido (e não resgatado). É o que resulta do art. 5,0 da Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893: "No caso de insolvência ou liquidação de sociedade anônima, e tratando-se de resgate das obrigações emitidas (debêntures), é válida a proposta de acordo que a respeito fôr aceita e assinada por obrigacionistas, representando mais de dois terços do débito total emitido".

Em caso de decretação de abertura da falência, ou da liquidação coativa, o art. 6.0, parágrafo único, da Lei n.

177-A, cogitou da admissão do crédito: "Em caso de liquidação forçada, as obrigações desta espécie não serão admitidas ao passivo senão pelo valor correspondente ao capital que se perfizer, reduzidas ao seu valor atual, à taxa de 5 *7o,* as anuidades do juro e da amortização por vencer. Cada obrigação representará importância igual ao quociente desse capital, dividido pelo número de obrigações ainda não extintas".

§ 3.819. Comunhão de interesses dos debenturistas

1. COMUNHÃO DE INTERESSES E ORGANIZAÇÃO. Já nos referimos a *comunhão de interesses* que há, necessAriamente, entre os debenturistas, se da mesma série, e pode e correr, até, entre debenturistas de séries diferentes, por ser a mesma a sociedade devedora. Aqui, o que nos interessa é a organização dessa comunhão de interesse. A técnica jurídica organizatória tinha de atender a que é dificil obter-se unanimidade, ou, sequer, a co-presença de todos os debepturistas, e a que se impõe a criação de órgão . Por outro lado, havia de escolher, dentre três soluções: a da *organização da comunhão de interesses,* de modo que, na atividade, os debenturistas apenas figurem como comuneiros, no tocante a direitos, pretensões e ações que teriam de ser exercidos por todos, ou cada um, de per si; a da

atribuição de personalidade á organização que se deu à comunhão de interesses; a da *representação coativa,* por certo número de debenturistas.

Já se frisou que a comunhão de interesses começa com a subscrição pelos que querem debêntures, ou por apresentação dessas pessoas oferentes nos lugares em que as poderiam adquirir.

Surge o problema de se saber se, não sendo de *todos* o interesse, pode ser invocada a lei que regula a organização da comunhão de interesses. A resposta há de ser negativa, pôsto que, *de iure condendo,* se pudesse ter pensado em organizações de comunhões *menores.* Todavia, seria difícil caracterizar-se a extensão e prover-se à formação do quorum e, pois, da maioria para as deliberações.

Se há *séries* diversas, sim. As assembléias gerais convocáveis são assembléias gerais de debenturistas de classes distintas. Em todo caso, se o interesse é *comum, a* comunidade do interesse, por cima das séries, justifica a invocação da lei, a convocação da assembléia geral e as deliberações imponíveis a todos os debenturistas que se acham dentro da comunhão de interesses.

A solução técnica da organização da comunhão de debenturistas foi, principalmente, a da subordinação da massa dos debenturistas, em função do número de debêntures, ao quorum de dois terços e à maioria de dois terços, ou simples. Em verdade, permitiu-se a constituição *ex lege* de consórcio, sem personalidade jurídica, sem patrimônio próprio. A organização está prevista na lei e independe de acordo dos interessados, tanto que a convocação se faz sem que se tenha convencionado organizar-se a comunhão dos debenturistas. Dir-se-á que, se foi inserta na inscrição ou no manifesto a exigência, os debenturistas *aceitaram* a cláusula de negócio jurídico subjacente. Mas tal argüição seria sem base, porque qualquer grupo de debenturistas que corresponda a vinte por cento do valor das debêntures em circulação pode chegar à organização, sem se ter previsto na inscrição, ou no manifesto. A lei atendeu a necessidade de organizar-se a comunhão de interesses, embora com sacrifício de vontades individuais. Alguns poderes atribuidos à assembléia geral mostram que a *ratio legis* foi a de dar solução, a favor dos próprios interesses comuns, a situações criadas pela mudança de circunstâncias.

Embora o art. 1.0 do Decreto-lei n. 781, de 12 de outubro de 1938, fale de “debenturistas”, tem-se de entender que a organização pode ser antes da emissão (entrega dos títulos, debêntures ou cautelas). Diz o ad. 1.0: “Os empréstimos por obrigações ao portador (debêntures)

contraídos pelas sociedades anônimas, ou em comanditas por ações, ou pelas autorizadas por leis especiais, criarão, quando tal condição constar do manifesto da sociedade e do contrato devidamente inscrito, uma comunhão 4e interesses entre os portadores dos títulos da mesma categoria, a saber, emitidos com fundamento no mesmo ato, subordinados às mesmas condições de amortização e juros, e gozando das mesmas garantias". Note-se, de início, que se alude a empréstimo como ao *quod plerumque fit,* que não há exigência na lei de "contrato devidamente inscrito" (o que se regista é a declaração unilateral de vontade, global. preparatória da subscrição das debêntures pela empresa , cf. Lei n.

177-A, arts. 4□0 e 2.0, § 2.0, inciso 3.0).

Se no *manifesto* da subscrição não se cogitou da organização da comunhão de interesses, isso não quer dizer que os debenturistas espontaneamente não se possam organizar. A própria Lei n. 177-A, art. 59, prevê a comunhão de interesse~ não-organizada. Os debenturistas podem mesmo constituir *sociedade,* o que se distingue da simples *comunhão de* interesses , e dar-lhe, ou não, personalidade.

Se foi prevista, ou não, na inscrição e no manifesto a organização da comunhão de interesses, pode ser invocado o Decreto-lei n. 781, de 12 de outubro de 1938.

Se foi prevista, na inscrição e no manifesto, ~ comunhão de interesses, em tudo que seja concernente às matérias *comuns,* segundo a lei, os 1 debenturistas estão ligados à organização. Fora dai, tem cada um a iniciativa de qualquer atitude.

Cumpre, porém, advertir-se que, para a constituição da sociedade, se exige a unanimidade dos debenturistas, ou a cláusula explícita no manifesto. Uma vez que há a constituidade com a unanimidade, ou em virtude de cláusula explícita, é possível a personificação.

2. ASSEMBLÊIA GERAL. O ponto principal da técnica jurídica organizatória foi a criação da assembléia geral, de modo que somente há, no tocante às matérias comuns e se há incidência do Decreto-lei n. 781, um órgão deliberativo: a assembléia geral dos debenturistas. Tem ela a competência para tomar qualquer medida que seja atinente à conservação, defesa e salvaguarda dos direitos, pretensões, ações e exceções, *comuns,* dos debenturistas, bem como para deliberações sobre alterações, temporárias ou definitivas, no tocante ao negócio jurídico unilateral das debêntures . Além disso, elege *fiscal,* que possa

colaborar com a diretoria da sociedade subscritora liquidantes ou síndico, no cumprimento das cláusulas e na conclusão das suas alterações propostas.

Tudo isso se passa *fora* dos títulos ao portador, enquanto não há a inserção implícita ou explícita nas debêntures, títulos-valor. O que se propõe é a declaração unilateral de vontade da sociedade subscritora, no sentido de modificar o negócio jurídico unilateral que há em cada debênture. Salvo se está em causa *acordo* sobre pagamento dos títulos.

Teremos de ver qual a natureza das chamadas alterações temporárias ou definitivas.

O juiz da comarca em que tem sede a sociedade subscritora tem competência para *autorizar* a convocação da assembléia geral. Exigiu-se, outrossim, a homologação judicial das deliberações da assembléia geral, se concernentes a *acOrdo.*

3.Exclusividade DAS DELIBERAÇõES EM ASSEMBLEIA GERAL. Para bem se entender o art. 2.0 do Decreto-lei n. 781. de 12 de outubro de 1938, primeiramente se há de frisar: *a)* que o art. 2.0 somente é invocável, no que alude à pré-exclusão do exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções dos debenturistas, *por eles,* em vez de pelo órgão da comunhão de interesses, se foi adotada a organização da comunhão de interesses na inscrição e no manifesto, ou s.e os próprios debenturistas a adotaram; *b)* se a matéria é *comum.* Diz o art. 2.0 do Decreto-lei n. 781: “Os atos relativos ao exercício dos direitos fundados nos contratos desse empréstimo” sempre essa errônea alusão a “contratos de empréstimo” “ou nos títulos emitidos em virtude deles e cujos efeitos se estendam à coletividade dos seus portadores, ficam reservados às deliberações das assembléias gerais desses portadores (obrigacionistas) ou aos representantes por elas anteriormente designados; excluidas as ações individuais, salvo as exceções expressamente consignadas nesta lei. Essas assembléias serão constituídas unicamente por portadores dos títulos da mesma categoria, e as suas deliberações não terão força obrigatória senão para esses portadores”.

Mais uma vez observemos que o negócio jurídico subjacente pode não ter sido o de emprestimo, e até não ter havido negócio jurídico, ou ter sido a titulo gratuito (bonificação aos acionistas).

A assembléia geral constitui e desconstitui a outorga de poderes ao representante, de modo que os poderes podem ser revogados quando o

entenda a assembléia geral.

"Ação individual", no sentido do art. 2, é a ação exercida por algum dos debenturistas. O que se devia ter dito seria: se o interesse de agir é comum aos debenturistas, fica pré-excluido o exercício das ações por debenturista, ou por debenturistas, sem ser por deliberação da assembléia geral. Há, porém, exceções. No art. 18 do Decreto-lei n. 781 está escrito:

"Em caso de impontualidade no pagamento dos juros e no reembolso das obrigações sorteadas, quando tal 16v o modo de amortização convencionado e ainda que no regime da comunhão, poderá qualquer obrigacionista demandar e seu pagamento, ou requerer a falência da sociedade devedora, se, dentro do prazo de sessenta dias da data em que a impontualidade se verificar, não tiver sido convocada, pela sociedade devedora, ou pelos obrigacionistas, ou ainda pelo representante destes , já anteriormente nomeado, a assembléia dos obrigacionistas, que deverá deliberar sobre a providência mais conveniente aos interesses comuns. Esta disposição não compreende, porém, a hipótese em que a falta do pagamento fâr ato de ordem individual, que não interesse à coletividade dos obrigacionistas, caso em que a ação individual é admitida sem restriçoes Nenhum ato pode ser praticado se o interesse é comum e fora organizada a comunhão de interesses, inclusive ações cautelares, protestos de titulo ou de cupão. Todavia, os atos que sejam integrativos das formalidades, como a inscrição do lançamento no Registo de Imóveis (Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, art. 43", §

3.0), podem ser promovidos individualmente.

Quanto à *inexistência, invalidez* ou *ineficácia* da organização negocial da comunhão de interesses, ou da assembléia geral, ou de deliberação da assembléia geral, qualquer debenturista tem livre exercício da pretensão ou ação. Legitimado passivo, ai, é o órgão da comunhão de interesses, ou o representante (legitimação processual). Se a sociedade subscritora está interessada, tem de ser citada, por ser litisconsorte.

(Falamos de órgão porque *Quem pode o mais pode o menos:* na organização da comunhão de interesses, os debenturistas podem ir além se há unanimidade e criar o pessoa jurídica.) Também é livre a promoção de processo criminal contra os órgãos da sociedade subscritora, ou contra o órgão ou o representante da comunhão de interesses, se o crime foi praticado no exercício das suas funções.

No art. 3.~, *que nada é taxativo,* o Decreto-lei n. 781 apontou atos que têm de ser praticados pela comunhão de interesses organizada: "Podem ser objeto das deliberações da assembléia, regularmente convocada e constituído

: 1, todas as medidas de conservação, defesa e salvaguarda dos interesses comuns dos obrigacionistas; 2, quaisquer modificações temporárias ou definitivas das cláusulas e estipulações do contrato de empréstimo, tais como: a) suspensão, por prazo determinado, do pagamento dos juros e das amortizações anuais das obrigações emitidas, mediante incorporação desse juros ao capital do empréstimo, e aumento correspondente do valor de cada obrigação, ou emissão de novos títulos de valor correspondente à importância dos juros e das amortizações suspensas, amortizáveis em prazo determinado e vencendo, ou não, juros, ou dando apenas direito a juros variáveis, cumulativos ou não; *b)* prorrogação do prazo de amortização do empréstimo; *c)* substituição da amortização por sorteios pelo resgate dos títulos mediante compra em bôlsa; *J)* supressão do prêmio das obrigações cujo reembolso se tenha contratado com tal vantagem; *e)* substituição do pagamento dos juros fixos estivulados pelo dos juros variáveis, cumulativos ou não; *f)* redução da taxa de juros e do valor de cada obrigação; *g)* novação, por substituição do devedor, em conseqüência da fusão ou incorporação da sociedade devedora a outra que assuma a responsabilidade da dívida; 3, a nomeação de um ou mais re presentantes, permanentes ou não, da coletividade dos obrigacionistas, com a incumbência de tomar, de sua própria iniciativa, as providências que as circunstâncias aconselharem, em bem dos interesses comuns, ou com delegação especial para praticar atos especificados no mandato conferido, inclusive intentar quaisquer processos, requerer a falência da saciedade ou representar a comunhão no processo de falência".

As deliberações da assembléia geral quase sempre são *aceitações* de *ofertas,* que a sociedade subscritora fêz, ou *oferteu* à sociedade subscritora, que as tem de *aceitar.* As figuras que se perfazem de negócios jurídicos bilaterais, que a declaração de vontade da assembléia geral possa ser unilateral, como se definitivamente a assembléia geral delibera que o valor devido passe a ser menor do que o nominal <*e.* g., valor em bôlsa, em certa data).

Importa muito pouco indagar-se se houve bilateralidade. ou se não houve. O problema maior é o de classificação das deliberações: ,são elas *alterações* do conteúdo do negócio jurídico unilateral, que há em cada debênture, ou apenas se trata de *eficácia de outro negócio jurídico,*

bilateral ou não, em que figurou a comunidade, sobre a eficácia do negócio jurídico unilateral intitulado na debênture?

A segunda explicação é a melhor. Mesmo no caso de substituição do devedor, o que somente ocorre no plano do negócio jurídico sobrejacente. Trata-se de negócio jurídico unilateral, por parte da comunhão de interesses organizada, ou de negócio jurídico bilateral, acordo, em que são figurantes os debenturistas e a sociedade subscritora. Não há mudança de conteúdo; há, de regra, *exceções* que nascem a favor da sociedade subscritora, oponíveis a todos os debenturistas, por ter sido vinculativa a deliberação mesmo se unilateral assembléia geral.

Para que houvesse alteração no conteúdo mesmo do titulo ao portador, seria de mister a inserção, ou lei que determinasse a mudança.

A explicação da eficácia do negócio jurídico sobrejacente como atinente ao conteúdo traria dificuldades no trato mesmo dos problemas.

(a) A chamada "prorrogação do prazo" para o resgate das debêntures não é mais do que pacto sobre época de pagamento, O que há é *adjecção* e não *inserção* (Tomo XXIII, §§ 2.784 e 2.785). O que se conclui é pacto *de sou petendo in tempus* (Tomos XXIV, § 2.972, 3; XXV, § &O10, 4; e XXVII, § 3.215, 3); às vezes, remissão parcial de dívida.

(b) A substituição do resgate por sorteio pelo resgate mediante aquisição em bôlsa também não atinge o conteúdo da debênture. Há, apenas, negócio jurídico sobrejacente quanto a modo de adimplemento da divida.

(c) Diga-se o mesmo quanto à supressão do prêmio, se o resgate foi estabelecido com essa vantagem.

(d) A substituição dos juros fixos por juros variáveis, cumulativos ou não, de ordinário é pacto adjecto. Se sé a beneficio da sociedade subscritora, pode ser negócio jurídico unilateral adjecto.

(e) A redução da taxa de juros e do valor de cada debênture ou é negócio jurídico unilateral adjecto, ou é pacto adjecto.

(1) Se há fusão ou incorporação da sociedade subscritora, a sucessão passiva depende dos princípios (Tomo XXIII, §§ 2.819, 2.820 e 2.853). A expressão "novação" que aparece no art. 33‟, 2), *g),* do Decreto-lei n. 781, de 12 de outubro de 1938, é evidentemente imprópria.

.

4. REPRESENTANTE DOS DEBENTURISTÂS. Pode-se discutir se o chamado "representante" da comunhão de debêntures é, verdadeiramente, *representante,* ou se é *órgão* isto é > se representa, ou se apresenta. Trata-se de representante, e não de órgão. Pode ser pessoa estranha à lista dos debenturistas. Não podem ser escolhidos os que não poderiam ser mandatários, nem os órgãos da sociedade subscritora. Outrossim, as impedidos de exercício de cargos públicos. Há reelegibilidade o revogabilidade a qualquer tempo. A assembléia geral pode fixar-lhe remuneração. Pagam-na os debenturistas, não a sociedade subscritora, porque não se trata de despesas de convocação, nem de custas. Os poderes são os que resultam da função mesma. Tem ele de executar as deliberações da assembléia geral, defender os interesses dos debenturistas nas relações com a sociedade subscritora, fiscalizar as operações de sorteio das debêntures. Tem poderes de representação judicial, pôsto que, ocorrendo a falência e a liquidação comitiva da sociedade subscritora, se tenha de atender ao art. IS do Decreto-lei n. 781, *verbis* "compete ao obrigacionista que fór ou tiver sido eleito para êste fim pela assembléia geral".

Cada série tem o seu representante. Se os interesses são comuns a duas ou mais séries, ou funcionam todos, ou a assembléia geral, a que se convocaram todos os debenturistas interessados, o previu, ou nomeia representante especial.

A responsabilidade do representante é a de mandatário.

5. CoNVOCAÇÃO DA ASSEMBLÉIA GERAL DA COMUNH)AO DE INTERESSES ORGANIZADA. A legitimação a convocar toca à sociedade subscritora, *sponte sua,* ou por solicitação de debenturistas a que caiba a vigésima partepelo mença do valor dos títulos em circulação, ou da pessoa que fora escolhida pela assembléia geral para representar a comunhão dos debenturistas. A solicitação é comunicação de vontade, ato juridico *stricto sensu,* unilateral Pode ser revogada. Se não preenche os pressupostos legais (não foi assinado por debenturistas a que corresponda, pelo menos, vinte por cento do valor dos títulos em circulação, mesmo que tenham entrado em circulação contra a vontade ou sem a vontade do subscritor; não terem sido expressos o motivo e o *objeto* da reunião; não valer ou não ter sido eficaz a constituição da assembléia geral ou a deliberação que escolheu o representante , não ter esse feito a solicitação válida e

eficazmente> com a indicação do *motivo* e do *objeto* da reunião), pode o subscritor deixar de convocar .a assembléia geral. Convém que o comunique aos solicitantes. Se o não faz e ocorre o pedido ao juiz de *autorização de con vocação direta,* ao ter de ser ouvida a sociedade subscritoria , essa há de expor porque não atendeu à solicitação.

§ 3.820. REUNIÃO DA ASSEMBLÉIA GERAL

Lê-se no Decreto-lei n. 781, art. 43": "A convocação da assembléia cabe à sociedade devedora sempre que aos seus administradores parecer necessário, mas deve ainda ser feita quando solicitada por escrito, e declarado o motivo e o objeto da convocação, por obrigacionistas que representem a vigésima parte do valor dos títulos em circulação, ou pelo representante dos obrigacionistas, nomeado em assembléia anteriormente realizada. Se a convocação não fôr feita dentro de cinco dias da data da apresentação do pedido> aos interessado@ é facultado requerê-la ao Juiz de Direito da comarca da sede respectiva, o qual, ouvida a sociedade, que terá o encargo das custas, poderá, por despacho, autorizar a convocação direta. O pedido de convocação deverá ser sempre instruído com o certificado ou conhecimento de depósito dos títulos respectivos, feito no Banco do Brasil, ou em suas agências, ou, com o visto do fiscal respectivo, em qualquer outro estabelecimento bancário".

O depósito dos títulos tem de perdurar até encerrar-Se -a reunião da assembléia geral e assinar-se a ata- O

fiscal funciona pela comunhão de debenturístas.

A petição ao juiz é como qualquer outra, com os requisitos da lei processual civil, e a audiência da sociedade subscritora há de ser dentro de prazo razoável, que o juiz marque. Logo em seguida, decide o juiz, deferindo, ou não, o pedido de autorização para convocação direta. Não há arbítrio do juiz. Tem ele de examinar o *motivo* e o *objeto* da reunião .

§ 3.820. ReUnião da assembléia geral dos debenturiata

1.REUNIÃO DA ASSEMBLEIA GERAL E PRESSUPOSTOS DO ANÚNCIO. Estatui-se nó Decreto-lei n.

781, art. 5.0: “Reunir-se-á a assembléia no lugar em -que tiver sede a sociedade, quinze dias, pelo menos, após a data da primeira publicação do anúncio de convocação. O anúncio designará o dia, o local e a hora da reunião, objeto das deliberações. os estabelecimentos em que deverão os obrigacionistas efetuar o depósito dos títulos com que legitimam a sus qualidade, e, se a convocação se fundar em autorização judicial, mencionará êste fato, com as indicações necessárias à sua verificação. A publicação far-se-á por duas vezes no *Diário OficiaL* ou na folha que, na sede da sociedade, for encarregada das publicações oficiais, e outras tantas em dois jornais dos de maior circulação no lugar em que a assembléia deva reunir -se”.

É de notar-se que se fala em determinação do estabelecimento em se há de fazer o depósito dos títulos, ao passo que, no art. 4□O, referente à solicitação de convocação, se menciona o Banco do Brasil, ou alguma das suas agências, ou outro estabelecimento bancário, com o visto do fiscal. O que se há de entender é que, feito, antes, o depósito, como é de supor-se, a exigência do art. *52* não se refere aos debenturiatas que o fizeram.

2.PRESIDÊNCIA E SEcRETARIADO. Estabelece-se no art. 6.0 do Decreto-lei n. 781: “Quando a assembléia fôr convocada pela sociedade, presidi-la-á o seu presidente, ou administrador por ela designado; quando convocada pelo representAnte dos obrigacionistas, êste representante; quando por obrigacionista o obrigacionista designado pelo juiz no despacho que autorizar a convocação. O presidente será assistido de dois secretários, que serão os dois maiores portadores de títulos que assistirem à reunião e aceitarem a incumbência”. Somente é de pôr-se em relêvo que, no caso de pedido ao juiz, que pode ter sido feito pelo representante da comunhão de debenturistas, não é esse quem preside à reunião, mas sim o debenturista que o juiz designou.

Não se falou do caso de não estar presente o órgão ou o representante da sociedade subscritora, ou o representante da comunhão de debenturistas, ou o debenturista designado pelo juiz. A solução que se tem de adotar, é a de atender-se ao que foi estabelecido no *manifesto* de lançamento das debêntures, ou em *negócio jurídico subjacente,* ou em deliberação da própria assembléia geral anterior, ou na ocasião, se nada fora inserto no manifesto ou em negócio jurídico subjacente.

O presidente escolhe dois secretários entre os portadores de maior número de títulos que estiverem presentes. Se não assumem o posto , o presidente livremente os escolhe.

§ 3.821. Quorum e maioria

1.QUORUM. Conforme adiante se há de frisar, o quorum é sempre de dois terços das debêntures em circulação.

2. PRÉ-EXCLUSÃO DE DEBENTURES. Estabelece-se no Decreto-lei n. 781, art. 21: "Para o efeito da constituição de quorum a que se refere esta lei, são sempre excluidas no número das obrigações em circulação as pertencentes à sociedade".

Os títulos e a sociedade tem em carteira, ou empenhados, não figuram entre os títulos com direito a voto. Nem quanto ao quorum, nem quanto à formação da maioria exigida na espécie. A sociedade subscritora pode não os ter emitido, e pode tê-los adquirido, conservando, ou não, a posse imediata. Mas a lei pré-exclui-lhe a função de atuação na assembléia geral, porque os interesses *podem* ser opostos. O art. 21 é jus *tope-na.* Nem o manifesto, nem qualquer negócio jurídico subjacente, simultâneo ou sobrejacente pode dispor diferentemente.

O subscritor que adquire o titulo ao portador, sem ser para resgate, é portador como qualquer outra pessoa.

Todavia, O Decreto-lei n. 781, art. 21, não o admite na comunhão de interesses, por existir, a respeito dele, elemento diferencial. Se alguma deliberação é adotada, inclusive nos casos em que se exige homologação pelo juiz, a eficácia prejudica o subscritor *como portador* e beneficia o subscritor *como tal,* a despeita de não ter o subscritor, como debenturista, tomado parte na assembléia geral.

3.MAIORIA. A maioria ordinária está prevista no art. *92* do Decreto-lei n. 781; a especial, nos arts. 11 e 12.

Estabelece-se no Decreto-lei n. 781, art. 10: "Se na primeira reunião não houver número, marcar-se-á a segunda, com intervalo de três dias. Se na terceira reUnião, após o mesmo intervalo, não fOr conseguido o número de portadores necessários para o acordo, entender-se-á que os obrigacionistas recusam formular ou aceitar proposta de acOrdo".

O número, para a primeira reUnião, o quorum, é de dois terços dos títulos em circulação. Se não comparecer número suficiente, marca-se a segunda reunião para três dias depois. ou mais. Se de novo não há

quorum, marca-se a terceira. Nessa, se houve quorum, porém não houve a maioria necessária à deliberação, entende-se que se repeliu qualquer deliberação esperada, sem que isso afaste a possibilidade de nova convocação da assembléia geral, com primeira reunião, segunda e terceira, se fOr o caso, reafirmando-se a repulsa, ou deliberando-se a respeito do que era objeto da convocação.

Na interpretação do Decreto-lei n. 781, temos de observar que o legislador confundiu quorum e maioria, criando dificuldade à Inteligência da lei.

4. CONTROLE DE PRESENÇA. Diz-se no Decreto-lei n. 781, art. 72: "Os nomes e domicílios dos obrigacionistas presentes, ou dos seus representantes, com a indicação exata, por extensa, do número de obrigações de cada um, ser por eles lançados numa fOlha de presença, que será rubricada pelo presidente da assembléia e poderá ser examinada no ato por qualquer dos obrigacionistas presentes. Esta lista deverá sei"

conferida com os certificados do depósito efetuada de conformidade com esta lei, os quais serão exibidos e verificados no ato". E no parágrafo único: "A sociedade, que em todos os casos terá direito de comparecer à reUnião, é obrigada a fornecer um certificado subscrito por seu presidente, com a indicação do número dos títulos em circulação".

A fOlha de presença é rubricada pelo presidente da assembléia geral, que se supõe presente. Pode ser examinada pelos debenturistas e pelo representante da comunhão de debenturistas, ou pelos órgãos ou representante da sociedade subscritora.

Se quem teria de ser presidente não compareceu, a rubrica somente pode ser posterior às assinaturas, quando escolhe o presidente, se não foi previsto, no manifesto, ou em negócio jurídico subjacente, ou deliberação da assembléia geral em reUnião anterior, o modo de substituição. Se, após ser instalada a assembléia geral, comparece quem a deveria presidir cabe-lhe assumir o cargo de presidente.

Pode ser que ainda não tenham sido postas em circulação todas as debêntures subscritas. Então, o que importa é saber-se qual o número das debêntures postas em circulação. A sociedade subscritora tem o dever de comparecer à reunião e de entregar à mesa *certificado,* subscrito pelo presidente da sociedade subscritora, do que foi pOsto em circulação, devendo dizer, no caso de perda ou furto, quais os

títulos postos em circulação terem sido *emitidos* pela sociedade subscritora:

5. DELIBERAÇÕES, ATA E EFICÁCIA. Lê-se no Decreto-lei n. 781, art. 8.0: "Das deliberações e ocorrências se lavrará ata circunstanciada, subscrita pelo presidente, e secretários, por mais dois obrígacionistas presentes e pelo representante da sociedade devedora, se esta tiver comparecido à assembléia". E no parágrafo único: "A ata, reconhecidas as firmas, tabelião, a fôlha de presença, as procurações e os exemplares dos jornais que tiverem publicado o anúncio arquivar-se-ão juntamente no registo onde, de acordo com a lei, se tiver feito a inscrição do empréstimo (art. 50, letra a, n. VI, da Lei n. 4.827, de 7 de fevereiro de 1924)".

A referência final ã Lei n. 4.827, de 7 de fevereiro de 1924, art. 52, a, VI, entende-se, hoje, ao art. 178, a, IV, de Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939.

A formalidade do registo é o modo de publicidade para as deliberações que a lei reputou suficiente. Não se cogitou de publicação pela imprensa. Nem, a *fortiori,* de inserção nos títulos, pois esses, *ex hypothesi,* estão circulando. Nem de se enviar cópia à Câmara dos Corretores de Fundos Públicos. Considerou-se essencial para a eficácia o registo. Houve, porém, a *publicação,* duas vezes, no jornal oficial, ou na fôlha que, na sede da sociedade, fôr encarregada das publicações oficiais, e duas vezes em dois jornais, dentre os de maior circulação no lugar em que a assembléia geral se deva reUnir.

6. DELIBERAÇÕES E MAIORIA. Estatui-se no art. 9? do Decreto-lei n. 781: "As deliberações serão tomadas pela maioria das obrigações representadas na assembléia, salvo os casos especiais, em que a lei exigir maioria especial. Só são admitidos a votar os obrigacionistas que tiverem legitimado a sua qualidade com o depósito dos títulos de sua propriedade, pelo menos dois dias antes da data marcada para a reUnião. Os obrigacionistas ausentes poderão fazer-se representar por terceiros, sejam êstes obrigacionistas,. ou não. Cada obrigação dará direito a um voto".

A maioria é tomada pelo valor das debêntures que correspondem aos presentes, salvo se *lez specialis* exige maioria especial.

Não se confunda .a maioria para as deliberações com o quorum. O quorum é o de dois terços das debêntures em circulação, porque isso é o que resulta dos arta. 11 e 12 do Decreto-lei n. 781. Esqueceu-se o

legislador de pôr a regra jurídica geral, mas a interpretação revela-a.

Cada debênture dá direito a um voto. £ possível que a maioria esteja nas mãos de um só debenturista, ou representante.

"Maioria especial" exige-se nos arts. 11 e 12.

Diz-se no Decreto-lei n. 781, ah. 11: "O acordo, no caso da comunhão dos debenturistas, somente será válido se fôr aceito por portadores que representem no mínimo dois terços do valor total das obrigações emitidas e por acionistas que representem no mínimo dois terços do capital social".

Só se cogita das debêntures postas em circulação (com ou sem ou contra a vontade da sociedade subscritora), e o art. 11 não fala de quorum, mas sim de maioria para deliberação, de jeito que o temos de ler como se lá estivesse escrito: "O quorum da assembléia geral dos debenturistas é o de dois terços do valor total das debêntures postas em circulação. A deliberação também há de ser pela maioria de dois terços do valor total das debêntures postas em circulação". Não se cogitou de presença, à diferença do que ocorre nu art. 90

Lê-se no art. 12 do Decreto-lei n. 781: "As deliberações que alteram cláusulas de contrato de empréstimo deverão sempre ter o apoio de pelo menos dois terços das obrigações em circulação e dependem, para se tornar obrigatórias, de homologação judicial, que não será negada se todas as formalidades e condições impostas na lei tiverem sido observadas, ouvidos previamente o representante do Ministério Público e, se o requerer ou o juiz julgar necessário, um representante dos debenturistas divergentes". E no parágrafo único: "A homologação processar-se-á de acordo com o disposto quanto à da concordata (Decreto n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929)".

No art. 12 do Decreto-lei n. 781, além do quorum de dois terços e da maioria de dois terços, pelo menos, exige-se a homologação judicial, com audiência do órgão do Ministério Público e, se é requerida e a julgar necessária o juiz, a. do representante dos debenturistas divergentes.

As regras jurídicas da concordata não são aplicáveis (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945), porque não há mais, no sistema jurídico, a *homologação* da concordata.

Estatui-se no art. 13 do Decreto-lei n. 78.1: "Quando a assembléia se reUnir por convocação da sociedade para deliberar sobre proposta de

modificação das cláusulas e estipulações do contrato de empréstimo, a proposta deverá ser acompanhada, pende de nulidade da deliberação, de uma exposição justificativa, com a afirmação expressa, subscrita pela diretoria, ou pelos responsáveis, da veracidade das informações presta-. das, e de parecer de dois peritos-contadores que atestem a exatidão e fidelidade destas informações, em vista do exame da escrita e dos documentos que entenderem necessários para firmar o seu juízo". E no parágrafo único: "Qualquer acordo para liquidação de empréstimo por obrigações (debêntures) deverá corresponder a um pagamento não inferior ao que produziria, para os obrigacionistas, a liquidação da sociedade, deduzidas as despesas previstas da operação e o valor da.; dívidas privilegiadas por lei".

A despeito da referência a contrato de empréstimo, tem-se

de entender a lei conforme a ciência jurídica, e não ao nível de cultura dos seus elaboradores. Não há alteração dos títulos ao portador; há pactos adjectos, ou declarações adjectas de vontade (negócios jurídicos sobrejacentes adjectos).

Sempre que o negócio jurídico anexo é *unilateral,* o prazo preclusivo é o mesmo.

7.FISCAL. Estabelece-se no art. 14 do Decreto-lei n. 781: "Os portadores designarão, por maioria dos presentes na reUnião em que propuserem o acordo, ou na destinada a aprovar a proposta oferecida pela sociedade, um fiscal que, em seu nome, colabore com a diretoria ou liquidantes, na execuçâo do acordo e que vigie por seus direitos e interesses".

A figura do fiscal tem por fim a *verificação dos de pósitos,* segundo o art. 40, alínea 2.~ <"visto"), do Decreto-lei n. 781, e o *velamento* conforme o ad. 14.

8. DEsCONSTITUIÇÃo DE ACORDOS . Diz-se no ad. 15 do Decreto-lei n. 781: "O acordo, ainda que julgado por sentença poderá ser desfeito ou rescindido, provando-se nulidade, fraude, simulação ou erro , por ação promovida dentro de um ano da sua data ou, quando fôr o caso, da homologação".

A terminologia é incorreta. O acordo, negócio jurídica bilateral, está sujeito às regras jurídicas gerais. Pode ser *nulo, anulável* ou *ineficaz.* A ação de nulidade ou de anulação tem o *prazo preclusivo* de um ano, contado da data do acordo, ou da homologação judicial do trânsito em

julgado da homologação). *De lege ferenda,* mais acertado seria que o prazo corresse da data do registo de que fala o art. 8.0, parágrafo. único. A própria homologação judicial tem de sei *antes* do registo.

9. Acordos E FALÊNCIA. Lê-se no art. 16 do Decreto--lei n. 781: "No caso de achar-se a sociedade em falência, logo após a verificação dos créditos, o acordo juntar-se-á aos autos respectivos para o fim de ser julgado por sentença".

Se há decretação de falência, ou de liquidação coativa, junta-se aos autos do processo falencial o acordo, ou o negócio jurídico unilateral tem de ser junto ao processo falencial e de ser julgado (homologado) pelo juiz da falência. A juntada é após a verificação dos créditos, isto é, na audiência ou após a decisão e antes de o síndico organizar o quadro geral de credores <Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 96).

Se houve constituição de direito real de garantia, a juntada é no processo de que cogitam os arts. 76-78 do Decreto -lei n. 7.661.

10.DESPESAS. Estatui-se no Decreto-lei n. 781, art. 17: "Correm por conta da sociedade devedora todas as despesas de convocação das assembléias, com o depósito dos arquivamento das atas, e mais custas, no caso previsto no art. 40"

Quaisquer que sejam as despesas de convocação da assembléia geral dos debenturistas, correm por conta da sociedade subscritora. Se acaso vem a ser desconstituída a convocação. mesmo se autorizada judicialmente, o que supõe desconstituição da homologação judicial, tem a sociedade subscritora, se foi ela quem pediu a desconstituição , ação para haver dos convocantes ou dos que .solicitaram a convocação, o que desembolsou.

Assim, se a sociedade subscritora atende à solicitação mas

ressalva o exercício de ação desconstitutiva, o art. 17 é afastado pela eficácia constitutiva negativa da decisão judicial.

§ 3.822. Demandas dos debenturistas

1. INADIMPLEMENTO. Estabelece-se no art. 18 do Decreto-lei n. 781: "Em caso de impontualidade no pagamento dos juros e ao reembôlso

das obrigações sorteadas, quando tal fôr o modo de amortização convencionado e ainda que no regime de comunhão, poderá qualquer obrigacionista demandar o seu pagamento ou requerer a falência da sociedade devedora se, dentro do prazo de sessenta dias da data em que a impontualidade se verificar, não tiver sido convocada, pela sociedade devedora, ou pelos obrigacionistas ou ainda pelo representante dêstes, já anteriormente nomeado, a assembléia dos obrigacionistas, que deverá deliberar sobre a providência mais conveniente aos interesses comuns. Esta disposição não compreende, porém, a hipótese em que a falta do pagamento fôr ato de ordem individual, que não interesse a coletividade dos obrigacionistas, caso em que a ação individual é admitida sem restrições".

O art. 18 distingue as espécies em que a colettvidade dos debenturistas, a *comunhão,* é interessada, e aquelas em que só algum ou alguns debenturistas o são.

Se há interesse comum, o debenturista somente pode propor ação de condenação, ou executiva-condenatória, contra a sociedade subscritora, se passarem sessenta dias, contados do inadimplemento. O art. 18 fala de "data da impontualidade".

A data somente pode ser a da *apresentação* do título sem que a sociedade subscritora cumpra o que prometeu.

Se não há interesse comum, não se precisa de convocação de assembléia geral, nem corre qualquer prazo que obste Li propositura das ações-pelo debenturista, ou por alguns debenturistas.

2. REPRESENTAÇÃO NA FALÊNCIA. Lê-se no art. 19 do Decreto-lei n. 781: "Na falência da sociedade devedora, a representação e defesa dos direitos dos obrigacionistas da mesmo categoria, com comunhão de interesses, compete ao obrigacionista que fôr ou tiver sido eleito para ê~te fim pela assembléia geral. Para deste fim, deverão os obrigacionistas fazer o depósito dos seui títulos na forma prevista no art. 4?, remetendo uma duplicata do certificado de depósito ao representante designado".

No processo da falência da sociedade subscritores, o representante da comunhão de debenturistas, eleito pela assembléia geral, é que figura pelos debenturistas, em tudo que concirna a interesses comuns.

§ 3.823. Debêntures lançadas no estrangeiro

1.LANÇAMENTO DE DEBÉNTURES NO ESTRANGEIRO. Diz-se no art. 20 do Decreto-lei n. 781: “No que diz respeito aos empréstimos por obrigações ao portador contraídos no estrangeiro por sociedades nacionais, aplicar-se-ão, quanto à representação coletiva, a lei sob a qual foi o contrato celebrado e as convenções entre as partes sobre *v* matéria”.

O art. 20 só se refere à representação da comunhão de debenturistas, se os títulos foram lançados no estrangeiro (sociedade brasileira, pressupostos formais e materiais dos títulos os da lei brasileira que rege a sociedade subscritora, mas a lei estrangeira pode ter as suas exigências).

O art. 20 do Decreto-lei n. 781 aludiu ao negócio jurídico subjacente ou simultâneo em que foram figurantes a sociedade subscritora, *brasileira,* e a sociedade estrangeira, *emissora,* ou encarregada da emissão, ou entre a sociedade subscritora *brasileira* e o grupo financeiro que subscreveu todos os títulos ou parte deles. O que se deixa à lei, estrangeira ou à convenção (negócio jurídico subjacente) é o modo de se eleger ou de se determinar quem há de representar os debenturistas possuidores de debêntures lançadas no estrangeiro.

2.DELIBERAÇÕES. Não podem debenturistas de saciedades brasileiras deliberar, *no estrangeiro,* como de comunhão de debenturistas. Os debenturistas, que são domiciliados no estrangeiro, se no estrangeiro foram lançados os títulos, conforme o *manifesto,* podem nomear representante, que funcione no Brasil. As convocações de assembléia geral dos debenturistas, o quorum e a maioria, os poderes da assembléia geral e dos representantes só se regem pela lei brasileira, à qual têm de obedecer as cláusulas dos negócios jurídicos subjacentes e dos títulos.

1.PRECISÕES. Já dissemos que a comunhão de interesses pode ser anterior à circulação das debêntures e, embora a lei somente se haja referido a debenturistas, os interesses dos subscritores e outros oferentes de aquisição começam e são comuns, em muitos casos, antes de qualquer tomada de posse. Por vezes, mesmo antes da subscrição, O Decreto-lei n. 781, de 12 de outubro de 1988, há de ser invocado, com as adaptações necessárias às circunstâncias.

O *manifesto,* o *plano* ou *programa,* a lei, os próprios *estatutos* da sociedade que lança as debêntures podem ter atribuido aos invitados,

ao *unus ex publico,* direitos, pretensões, ações e exceções antes mesmo de se terem apresentado para subscrever ou adquirir. A comunhão de interesses exaurge desde que a série há de ser do mesmo tipo e as próprias preferências para adquirir estabelecem comunhão de interesses.

2. REGRAS JURÍDICAS INvOCÁVEIS. Havemos, porém, de considerar, em particular, alguns pontos.

a) Tem-se de interpretar qualquer cláusula sobre a organização da comunhão de interesses dos debenturistas como também relativa à organização da comunhão de interesses dos *oferentes,* por subscrição de listas ou não.

b)O art. 2? do Decreto-lei n. 781 é invocável a propósito dos *oferentes,* podendo eles cogitar das assembléias geraL;.

e)O art. 8.0, no que pode interessar aos oferentes, é invocável.

d)Os arts. *4,0* e 52 incidem, *mutatis mutandia.* Bem assim, o art. 6.0.

e)Os oferentes presentes, ou seus representantes, têm de assinar lista de presença e indicar os domicílios, bem como o número de debêntures que querem adquirir, exibidos os documentos de subscrição ou outros.

f)A sociedade tem o dever de comparência e de apresentar certificado quanto ao número de títulos cuja aquisição foi pedida, se os pedidos satisfazem os requisitos legais. Se entender que alguns não foram regulares, tem de apresentar os fundamentos para a exclusão.

g) As reuniões têm o quorum de dois terços. As deliberações hão de obedecer os arts. 9-12 do Decreto-lei n. 781.

h) Os arte. 13-16 são invocáveis. Bem assim, os arta. 17 e 18, 19-21.

CAPITULO III

OBRIGAÇÕES PORTUÁRIAS

§ 3.825. Títulos portuários (“obrigações portuárias”)

1.DECRETO-LEI N. 9.681, DE 80 DE AGOSTO DE 1946. Os *títulos portuários* ou *obrigações portuárias* são títulos-valor,. que podem ser subscritos pela União, ou pelas autarquias, pelas empresas concessionárias de portos. São espécies de debêntures, com a particularidade de poderem ser lançadas por empresas que não sejam sociedades por ações ou comanditas por ações. O art. 1.0 do Decreto-lei n. 9.681 é explícito quanto a serem *títulos ao portador*.

Ao Decreto n. 1681 é que se deve a inovação.

Na expressão "empresas concessionárias de portos" não se compreendem os Estados-membros e os Municípios; nem, tão

-pouco, na expressão "autarquias". Cumpre, porém, ler-se o art. 1.0 do Decreto-lei n. 9.681 como referente, também, aos Estados-membros e aos Municípios. Cp. art. 7~O□

2.SUBSCRIÇÃO E EMISSÃO. Diz-se no Decreto-lei n. 9.681, de 30 de agôsto de 1946, art. 1.0: "Para o financiamento das obras de melhoramento ou ampliação das instalações portuárias de que trata o Decreto-lei n.

8.311, de 6 de dezembro~ de 1946, a União Federal e as autarquias, quando as tenham. a seu cargo, bem como os concessionários, poderão lançar em préstimos por meio de obrigações ao portador, regidos por este Decreto-lei".

Os títulos-valor de que cogita o Decreto-lei n. 9.681 têm finalidade precisa: financiamento de obras de melhoramento ou ampliação de instalações portuárias. Supõe-se já existir o porto . Subscritas pela União, em vez de se tratarem como apólices da dívida pública, tratam-se como *debêntures* . Dá-se o mesmo se as subscreve alguma autarquia federal- Para que alguma entidade que explora pôrto possa subscrever e lançar títulos portuários, é preciso, não sendo a União ou autarquia, que seja Estado-membro, Município, ou autarquia estadual ou municipal, ou empresa de serviço ao público.

Quanto aos Estados-membros e Municípios, o que mais importa é saber-se qual o regime de portos, que a União estabeleceu (ConstituIção de 1946, art. 5,0, XV, O.

Lê-se no Decreto-Lei n. 9.681, art. 2.0: "Os empréstimos dependerão de prévia autorização do Ministério da Viação e Obras Públicas quando lançados por concessionários (Estados, autarquias ou empresas) ; e de Decreto do Govêrno quando lançados pela União

Federal, observadas sempre, e em ambos os casos, as disposições estabelecidas no art. 5? do Decreto-te. ri. 8.811, de 6 de dezembro de 1945". E no parágrafo único:

"A autorização referida investe os concessionários no direito do se utilizarem do produto da taxa, recolhido ac Banco do Brasil, para pagamento dos encargos de juros e amortizações dos empréstimos nas épocas devidas".

(a) Assim, se é a União que entende lançar os títulos portuários, é de mister o *decreto.* No Decreto-lei n. 8.311, de O de dezembro de 1945, o art. 2? previu: "O produto da taxa de emergência ora criada destina-se a atender aos encargos de juros e amortizações das operações de crédito que as administrações ou os concessionários dos referidos portos realizem para o financiamento das obras, serviços e aquisições necessários ao melhoramento e ampliação do aparelhamento dos ditos portos, compreendidos em relações-programas que sejam submetidos ao estudo do Ministério da Viação e Obras Públicas, com a estimativa do respectivo custo e devidamente justificadas, e que sejam aprovadas pelo Ministro". No ad. 5□~, a que o ad. 2.0 do Decreto-lei n. 9.681 alude, está dito: "As operações de crédito a que se refere o ad. 2? dêste Decreto-lei. serão estudadas e tratadas pelas administrações ou pelos concessionários dos portos cujas relações programas de obras. serviços e aquisições tenham sido devidamente aprovadas corno determina o mesmo artigo. Essas operações de crédito serão submetidas à aprovação do Ministro da Viação e Obras Públicas, com a indica$o da respectiva modalidade, taxa de juros, prazo de amortização e outros detalhes, que sejam de seu interesse para seu perfeito julgamento. As aludidas operações de crédito só poderão ser realizadas mediante expressa autorização do mesmo Ministro".

(b) As autarquias precisam de *autorização* do Ministério da Viação e Obras Públicas. Com a autorizaçãO e o lançamento, não com a autorização somente , a autarquia está legitimada a receber do Banco do Brasil, onde se deposita, a taxa de emergência de que cogita o Decreto-lei n. 8.311, com a finalidade estrita de pagar os juros e de proceder aos resgates na época em que o tenha de fazer. O Banco do Brasil tem de exigir a prova de haver a emissão e de serem prestados os juros ou quantias para *o* resgate.

(c) As empresas concessionárias, os Estados~membros e os Municípios têm de obter a autorização, como as autarquias, e estão sujeitos às mesmas exigências acima referidas.

Estabelece-Se no art. 3.~ do Decreto-lei n. 9.681: "Quando o

empréstimo fôr lançado pela União, o produto da taxa de‟ emergência criada para atender aos encargos de juros e amortizações das operações de crédito será administrado de acordo com os preceitos do referido Decreto-lei xi. 8.311 e das instruções baixadas para a sua execução, procedendo a Administração do Pôrto interessada pela mesma forma imposta aos concessionários".

As regras jurídicas principais do Decreto-lei n. 8.311 são as dos arts. 2? e 5.~. No ~ 1.0 do art. 5.~ estatui o Decreto-lei n. 8.311: "O ato do Ministro da Viação e Obras Públicas, autorizando qualquer das operações de crédito referidas neste artigo, empenha, automaticamente , como garantia dessa operaçãO de crédito, o produto da taxa de emergência, criada por este Decreto-lei e arrecadada no pôrto para o qual a aludida operação for realizada".

O art. 5,0, § 2.0, do Decreto-lei n. 8.311 acrescenta "O Ministro da Viação e Obras Públicas dará conhecimento ao Banco do Brasil do ato com que autorizar a realização da operação de crédito e comunicará a importância dos encargos dessa operação, para cuja cobertura a administração concessionário do pôrto em causa fica autorizado a movimentar a conta especial de que trata o art. 4? dêste Decreto-lei". E o § 3?: "Desde que em qualquer tempo, durante o prazo de amortização da operação de crédito realizada, se verifique que o saldo em conta especial referida no ad. 4□0 dêste Decreto-lei ascende a importância superior à necessária para cobrir os encargos de juros e amortização dessa operação, durante três anos, o Ministro da Viação e Obras Públicas poderá determinar a aplicação da importância excedente ao aumento da quota dos aludidos encargos, destinadas à amortização, reduzindo, assim, o prazo da dita operação". O art. 5.~, § 4□Q, cogita da cessão da incidência da taxa: "A cobrança da taxa de emergência cessará, por determinação do Ministro da Viação e Obras Públicas, nos portos em que a respectiva quota especial de que trata o art. 4 dêste Decreto-lei acuse saldo disponível suficiente para os juros a pagar e para a amortização do remanescente da operação de crédito realizada, amortização que, nesse 3

caso, será levada a efeito imediatamente".

7

7

3. GARANTIA REAL. Estatui-se no art. 4? do Decreto-lei n. 9.681: "O empréstimo, seus juros e amortizações, qualquer que seja a entidade

que o lance, terá sempre a garantia da taxa de emergência referida no art. 2.0, cujo produto, que está expressamente vinculado a esses encargos, será recolhido e administrado pela maneira regulada no Decreto-lei n. 8.811. de 6 de dezembro de 1945, e nas instruções complementares constantes da Portaria n. 1.090, de 20 de dezembro do mesmo ano, do Ministério da Viação e Obras Públicas". E no parágrafo único: "A taxa de juros do empréstimo a que se refere Gate artigo será de sete por cento ao ano, e o seu prazo não poderá ser superior a trinta anos".

As obrigações portuárias têm garantia real, que é a dos *depósitos* no Banco do Brasil. Não se trata de fiança, mas de *penhor de quantia depositada.*

4. VALOR DOS TÍTULOS. Diz-se no ad. 5.~ do Decreto-lei n. 9.681: "O empréstimo será autorizado na importância constante da relação-programa de obras aprovada pelo Ministério da Viação e Obras Públicas e utilizado de uma só vez ou em parcelas, segundo as necessidades do financiamento das obras". E no parágrafo único: "Na hipótese da utilização em parcelas, os novos títulos só poderão ser colocados a preço igual ou superior à cotação em Bôlsa dos emitidos anteriormente".

5. SUBSCRIÇÕES SUCESSIVAS. Lê-se no ad. 6.0, do Decreto-lei n. 9.681: "Empréstimos sucessivos poderão ser autorizados para as obras de melhoramentos ou ampliações de determinado pôrto, conforme as relações-programas que o Ministro da Viação e Obras Públicas vier a aprovar, contanto que o produto da taxa de emergência (arts. 2.0 e 4.0) assegure o pontual pagamento dos juros e amortizações".

§ 3.826. Atos preparatórios e subscrição

1. PRESSUPOSTOS . Estabelece-se no *ad.* 70 do Decreto-lei n. 9.681: "Autorizado o lançamento do empréstimo nos termos do art. 2.~, os concessionários (Estados, autarquias ou empresas) arquivarão no Ministério da Fazenda a respectiva autorização e, em seguida, emitirão os títulos representativos do empréstimo, os quais se denominarão "Obrigações Portuárias" e terão estampados à margem, numeradamente, os cupões relativos ao pagamento periódico dos juros, e mais os seguintes requisito~: a) o nome dos concessionários e, sendo êstes entidade privada, o objeto e a sede respectivos, bem como a data da publicação oficial do ato de sua constituição ou dos

estatutos vigentes; *b)* a data da publicação oficial da autorização do empréstimo por parte do Ministério da Viação e Obras Públicas (art. 2.0) ; *c)* a data do arquivamento, no Ministério da Fazenda, da autorização contida na letra b) ; *d)* o número e o valor nominal das obrigações do empréstimo com a indicação dos juros correspondentes a cada ano, assim como as épocas das amortizações e pagamentos de juros, e as condições do resgate; *e* > a indicação do pôrto em cujas obras se aplicará o produto do empréstimo: >9 o seu número de ordem; g) o teor dêste Decreto e o teor do Decreto-lei n. 8.311, de 6 de dezembro de 1945, no verso da obrigação; *h)* a assinatura dos representantes dos concessionários (Estados, autarquias ou empresas; estas na forma dos seus estatutos) ". E no § 1.~: "A publicação oficial do Decreto de que trata o art. 2 permitirá.

à União lançar o empréstimo para financiamento das obras de melhoramentos ou ampliação das instalações portuárias que tenha a seu cargo cujos títulos também se denominarão "Obrigações Portuárias" e terão estampados à margem, numerada-mente, os cupões relativos ao pagamento periódico dos juros, acrescendo os requisitos das letras *d, e,* 1, *g* e Ii da primeira parte dêste artigo". Diz-se no § 2.0: "As "Obrigações Portuárias" emitidas nos termos dêste Decreto-lei serão do modêlo uniforme que fôr aprovado pelo Ministro da Fazenda".

2.NATUREZA DOS TÍTULOS PORTUÁRIOS. Estatui-se no art. 8.0. do Decreto-lei n. 9.681: "Aos mutuantes, enquanto não lhes forem entregues os títulos representantivos do empréstimo, poderio ser dados os títulos provisórios, mesmo de valores múltiplos, com os requisitos do artigo anterior, menos quanto aos cupões, equiparados, para todos os efeitos, aos títulos definitivos".

Os títulos portuários são títulos-valor. Trata-se, portanto, de títulos que resultam de declarações unilaterais de vontade Cada *um* deles é negócio jurídico unilateral.

Se compararmos as debêntures e as obrigações portuárias com as letras de câmbio ao portador, ressalta a diferença entre elas no tocante à irreivindicabilidade e a não-víndicabilidade da posse contra os possuidores de boa fé, mesmo se não houve furto ou perda, o que é típico do direito cambiário e cambiariforme. A particularidade maior do direito brasileiro, no que concerne ao direito dos títulos ao

portador, está em que se abre exceção à irreivindicabilidade e à não-vindicabilidade da posse contra o possuidor de boa fé, se o título não é cambiário ou cambiariforme.

Nas relações entre os possuidores e tenedores rege o que expusemos sobre os títulos ao portador em geral e sobre as debêntures .

Nas relações entre o portador e o subscritor, o que importa é a posse de boa fé perante esse. Com a possc de boa fé é que nasce a *relação jurídica de divida.* Com a apresentação, a *redação jurídica de obrigação.*

As ações entre possuidores e tenedores são as que se propõem a respeito de debêntures.

Lê-se no art. 9? do Decreto-lei n. 9.681: “Fica criado o livro de “Registo de Obrigações Portuárias” de posse, escrituração e responsabilidade da entidade que lançar o empréstimo de que trata êste Decreto-lei, e nele serão inscritos a emissão (arts. 5? e 6.0) bem como o seu resgate, caução e outras ocorrendas Estabelece-se no art. 10 do Decreto-lei n. 9.681: “O emitente do empréstimo, seja qual fôr a entidade que o lançada, fica obrigado para inicio do processo de cotação dos títulos. a comunicar às Bôlsas Oficiais de Valores o respectivo lançamento e os termos em que fôr feito”.